Die Gleichstellung der beiden echten Konkurrenzformen im Strafrecht und Strafprozeßrecht

(Eine Untersuchung de lege ferenda)

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Paulheinz Baldus

Amts- und Landrichter aus Rennerod (Westerwald)

Marburg 1935

Buchdruckerei Joh. Hamel, Marburg-Lahn

Als Dissertation
von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
angenommen am 2. Februar 1935.
Berichterstatter: Professor Dr. Henkel.

Meinen Eltern

Schrifttum

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 (Reichstagsvorlage).
Amtlicher Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1927 (Reichstagsvorlage).
Amtlicher Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz von 1930.
Baumgarten: Die Lehre von der Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 103), 1909.
" Die Idealkonkurrenz (in der Festgabe für Reinhard von Frank, 1930).
Beling: Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
" Deutsches Reichsstrafprozeßrecht mit Einschluß des Strafgerichtsverfassungsrechts, 1928.
" Der amtliche Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz (in DJZ 1929, 1166 ff.).
" Gestaffelte Strafzumessung; ein Beitrag zur gesetzgeberischen Behandlung von Konkurrenz und fortgesetztem Delikt (in Ger. S. 92, 131 ff.).
" in JW 1931, 2505.
Bennecke-Beling: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1900.
Binding: Handbuch des Strafrechts, Band I. 1885.
" Grundriß des gemeinen deutschen Strafprozeßrechts, 5. Auflage, 1904.
" Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen (Band 2), 1915.
Brandis: Entschädigung für unschuldig erlittene Untersuchungshaft, 1905.
Bürk: Über das Wesen der Idealkonkurrenz; 1927.
Burlage: Die Entschädigung der unschuldig Verhafteten und der unschuldig Bestraften; 1905.
Coenders: Strafrechtliche Grundbegriffe; 1909.
" Über die Idealkonkurrenz, ein Vorschlag zum neuen Strafgesetzbuch; 1921.
Dohna: Zusammentreffen mehrerer Strafgesetze und mehrerer strafbarer Handlungen (in Aschrott—v. Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs 1910).
" Die Behandlung der Verbrechenskonkurrenz im künftigen Strafrecht (in Mon Krim Psych 22, 408 ff.).
" Das Strafprozeßrecht, 2. Auflage, 1925.
Ehrhardt: Handlungseinheit und Handlungsmehrheit im geltenden Recht und im Recht des amtlichen Entwurfs eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 (Strafrechtliche Abhandlungen, H. 214) 1926.
Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Auflage; 1931.
Gelbert: Zur Frage der Anwendung des § 153 StPO bei Tateinheit zwischen Offizialdelikten und Privatklagedelikten (in JRdsch. 1933, 42).
Gerland: Kritische Bemerkungen zum Entwurf 1919 (1921).
" Der Entwurf 1925, Allg. Teil (1925).
" Der deutsche Strafprozeß, 1927.
Grau: Tateinheit und Tatmehrheit (in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, 1934).
Grau-Schäfer: Das Preußische Gnadenrecht, 1931.

v. Hippel: Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in den Entwürfen (in ZStW 42, 525 ff.).
" Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen im Strafgesetzentwurf 1925 (in ZStW 47, 18 ff.).
" Deutsches Strafrecht (2. Band), 1930.
Hönig: Studien zur juristischen und natürlichen Handlungseinheit, 1925.
" Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen (Ger. S. 92, 114 ff.).
Höpfner: Einheit und Mehrheit der Verbrechen; 1901, 1908.
Kadečka: Handlungseinheit und Identität der Tat (in Juristische Blätter 1932, 49 ff.).
Kantorowicz: Der Strafgesetzentwurf und die Wissenschaft (in Mon. Krim Psych 7, 326).
Keetsin-Liu: Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 221), 1927.
Kohlrausch: Die prozessuale Behandlung der Idealkonkurrenz (Greifswalder Dissertation 1899).
" Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1930.
Krause: Haftentschädigung, 1906.
v. Kries: Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts, 1892.
Lißbauer-Suchomel: Die österreichischen Strafprozeßgesetze, 1933.
v. Liszt: Zum Vorentwurf eines Reichsstrafgesetzbuchs (in ZStW 30,277).
" Lehrbuch des Strafrechts, 24. Auflage, 1922.
Lobe: Der Entwurf eines allgemeinen Strafgesetzbuchs (in JW 1925, 882 ff.)
" Lücken im amtlichen Entwurf eines StGB (Ger. S. 92, 65 ff.).
" Die Regelung des Entwurfs über das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen (Ger. S. 93, 118 ff.).
" Reichsstrafgesetzbuch (Leipziger Kommentar), Band I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1933.
Lohsing: Österreichisches Strafprozeßrecht, 1932.
Löwe-Rosenberg: Strafprozeßordnung 18. Auflage 1929, und 19. Auflage 1934.
Mangini: Cosentiro codice penale illustrato con i lavori preparatori.
Mannheim: Die strafprozessuale Gestalt des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz (in JW 1929, 2673 ff.).
Mattil: Prozessuale Trennbarkeit ideell konkurrierender Tatbestände; zu § 153 StPO (in JRdsch. 1933, 25).
Mayer, (Hellmuth): Konkurrenzfragen (in Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts — Schriften der Akademie für Deutsches Recht — 1934).
Mayer, (M. E.): Strafrecht, Allgemeiner Teil; 1915.
Merkel: Konkurrenz (in Vergl. Darstell. Allg. Teil V 269 ff.), 1908.
Mezger: Strafrecht, 2. Auflage, 1933.
Niederreuther: Die prozessuale Behandlung der Realkonkurrenz im geltenden und künftigen Recht (Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 278), 1930.
Oetker: in JW 1932, 404.
Reimer: Verjährung (in Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht, 1934).
Sauer: Grundlagen des Prozeßrechts, 1929.
Schultz: Das Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen nach jetzigem und künftigem Strafrecht (in JRdsch. 1928, 64 ff.).
Schwinge: Identität der Tat im Sinne der Strafprozeßordnung (in ZStW 52, 203 ff.).
Sieveking: Das Problem "ne bis in idem" in der amerikanischen Bundes- und Staatengerichtsbarkeit (in ZStW 53, 297 ff.).
Wach: Legislative Technik (in Vergl. Darstell. Allg. Teil VI 1 ff.), 1908.
" Der neue Strafgesetzentwurf — Allgem. Teil (in DJZ 1925, 529 ff.).

v. Weber: Real- und Idealkonkurrenz im künftigen Strafverfahren(in Ger. S. 100, 228 ff.).
Wegner: Zusammentreffen mehrerer Gesetzesverletzungen (in Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, 1926).

Verzeichnis der zitierten Entscheidungen des Reichsgerichts:

Amtliche Sammlung (RGSt): 3,385; 4,187; 7,60; 8,56; 10,53; 11,128; 23,91; 26,263; 29,106; 29,156; 32,30; 32,57; 32,137; 38,207; 39,355; 44,409; 46,363; 49,274; 51,242; 52,190; 52,271; 53,50; 54,1; 54,288; 56,325; 56,329; 58,362; 59,292; 59,361; 60,109; 60,241; 60,344; 61,149; 62,83; 63,359; 64,183; 64,214; 65,102; 65,106; 65,129; 65,297; 66,117; 66,173; 66,221; 66,348.
Juristische Wochenschrift (JW): 1925, 2118; 1932, 406.
Deutsche Juristenzeitung (DJZ): 1930, 1036.

Uebersicht

Anmerkung:

Die Arbeit wurde fertiggestellt am 15. 2. 1934. Nachträglich sind nur noch berücksichtigt:

a) Gesetzesänderungen
b) Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht
c) Die Schrift der Akademie für Deutsches Recht: Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts
d) Ein Vermerk im Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission 1. Lesung 1933/34 über das Strafrahmensystem.

I. Einleitung.

Im Kampf um die Neugestaltung des deutschen Strafrechts hat die Frage der Konkurrenzregelung eine verhältnismäßig untergeordnete Rolle gespielt. Der Grund hierfür dürfte vornehmlich darin zu finden sein, daß bei diesem Problem weniger prinzipielle Gesichtspunkte als solche der Zweckmäßigkeit und Rechtstechnik im Vordergrund stehen. Immerhin ist seit Beginn der Reformbestrebungen das geltende Recht auch in diesem Punkte wiederholt Gegenstand lebhafter Angriffe gewesen. Ausgangspunkt für diese Kritik war die Erwägung, daß die Revisionsgerichte fast in jeder dritten Entscheidung auch die richtige Anwendung der Konkurrenzgrundsätze nachprüfen müssen, und daß diese Opfer an Zeit und Arbeit anscheinend in keinem Verhältnis zu dem praktischen Wert der Unterscheidung stehen. Denn meist wird der Tatrichter im praktischen Ergebnis auf etwa dieselbe Bestrafung hinauskommen, gleichgültig, wie die Konkurrenzfrage entschieden wird. Trotzdem muß jedes Urteil, das einen Rechtsirrtum in dieser Hinsicht enthält, vom Revisionsgericht aufgehoben werden, da die Tatmehrheit mit strengerer Strafe bedroht ist als die Tateinheit, und infolgedessen der Rechtsirrtum wenigstens theoretisch von Einfluß auf die Strafzumessung sein kann. Um den Richter von dieser oft schwierigen, aber „unnötigen“ Feststellung des Konkurrenzverhältnisses zu entlasten und um zweckwidrige Revisionen zu vermeiden, wurde eine gleiche Strafbemessungsregel für beide Konkurrenzformen gefordert. Immerhin fand dieser Vorschlag nicht den Widerhall in der Wissenschaft wie andere reformatorische Ideen. Die Kritik regte zur Besinnung auf die tiefer liegenden Gründe der Unterscheidung an, und heute halten sich Verteidiger und Kritiker des geltenden Rechtszustandes die Waage; die Reformbedürftigkeit der Konkurrenzregelung des geltenden Rechts steht keineswegs außer Zweifel.

Die vier ersten Entwürfe bis zum Jahre 1919 schlossen sich grundsätzlich dem geltenden Recht an. Die dort vorgeschlagenen Änderungen sollten lediglich Mängel in der Formulierung beseitigen, die in der bisherigen Rechtsprechung zu unbilligen Ergebnissen im Einzelnen geführt hatten. So muß, wenn der geltende Rechtszustand in den Grundzügen erhalten bleibt, vor allem verhindert werden, daß bei Idealkonkurrenz das strengere Gesetz ausschließlich zur Anwendung kommt. Es ist wenig sinnvoll, wenn infolge dieser Ausschließlichkeit das Strafminimum der übrigen verletzten Strafgesetze unterschritten werden darf, und folglich der Verbrecher durch eine weitere Rechtsverletzung die Möglichkeit geringerer Strafe herbei-

führen kann. Dem wollen die ersten Entwürfe mit der Bestimmung entgegentreten, daß zwar die Strafe dem strengsten Gesetz zu entnehmen ist, daß jedoch auf keine niedrigere oder der Art nach leichtere Strafe erkannt werden darf, als sie nach den übrigen verletzten Strafgesetzen zulässig ist.

Erstmalig der Entwurf von 1925 brachte eine gleiche Strafbemessungsregel für beide Konkurrenzformen in Vorschlag. Die Reichstagsvorlage von 1927 schloß sich an. Wenn auch dieser Vorschlag in den amtlichen Begründungen der Entwürfe[1] lediglich mit der Erwägung gerechtfertigt wird, daß die oft schwierige und zweifelhafte Abgrenzung der beiden Konkurrenzformen voneinander meist in keinem Verhältnis zu dem praktischen Wert der Unterscheidung stehe, so dürfte die Umstellung doch in erster Linie auf eine österreichische Forderung zurückzuführen sein. In Österreich ist die Gleichstellung seit jeher geltendes Recht. Das Strafgesetzbuch von 1852 bestimmt in

§ 34

„Hat ein Verbrecher mehrere Verbrechen begangen, welche Gegenstand der nämlichen Aburteilung sind, so ist er nach jenem, auf welches die schärfste Strafe gesetzt ist, jedoch mit Bedacht auf die übrigen Verbrechen zu bestrafen."

Diese Vorschrift gilt für beide Konkurrenzformen, da nach österreichischer Rechtsprechung unter „Verbrechen" im Sinne des § 34 jede Rechtsverletzung, d. h. die Erfüllung eines gesetzlichen Tatbestandes zu verstehen ist; es muß also gleichgültig sein, ob die mehreren Verbrechen durch eine oder durch mehrere selbständige Handlungen begangen sind.

An diesem Rechtszustand wollte Österreich auch für die Zukunft festhalten, und im Interesse der Rechtsangleichung wurde dieser Forderung von deutscher Seite nachgegeben. Auch in der Formulierung schließen sich die deutschen Entwürfe fast wörtlich an den österreichischen Gegenentwurf von 1922 an. Da die Bestrebungen nach Rechtsangleichung infolge der politischen Entwicklung inzwischen gescheitert sind, entfällt die Notwendigkeit, solchen Forderungen Rechnung zu tragen. Sachliche Gründe können wieder ausschließliche Geltung beanspruchen.

Das Problem des Themas liegt auf gesetzgeberischem Gebiet. In den folgenden Ausführungen werden daher dogmatische Fragen nur insoweit berührt, als sie für dieses Problem unmittelbar von Bedeutung sind. Auch die dogmatische Literatur ist nur berücksichtigt, soweit sie die zum geltenden Recht gefundenen Ergebnisse für Erörterungen de lege ferenda verwertet.

Unter diesem Gesichtspunkt werden sich die folgenden Untersuchungen im wesentlichen mit folgenden Fragen befassen:

---

1) Begründungen zum Entwurf 1925, S. 48, zum Entwurf 1927, S. 50.

a) Für welche Gebiete des materiellen Rechts hat die Unterscheidung zwischen beiden Konkurrenzformen praktische Bedeutung?
b) Hat der Entwurf von 1927 seine Absicht, die Gleichstellung durch Verzicht auf verschiedene Strafbemessungsregeln durchzuführen, nach der Fassung der von ihm vorgeschlagenen Bestimmungen erreicht?
c) Ist die Gleichstellung im materiellen Recht aus rechtspolitischen Gründen empfehlenswert; entspricht es insbesondere der Gerechtigkeit, denjenigen, der zwei Strafvorschriften durch eine und dieselbe Handlung verletzt, grundsätzlich ebenso zu bestrafen, wie denjenigen, der diesen Doppelerfolg durch zwei selbständige Handlungen herbeiführt?
d) Falls diese Frage zu bejahen ist, erscheint es zweckmäßig, für alle Rechtsverletzungen nur eine Strafe zu verhängen (Einheitsstrafe) oder für jede Rechtsverletzung zunächst Einzelstrafen auszuwerfen und diese dann zu einer Gesamtstrafe zusammenzuziehen?
e) Ist die Gleichstellung beider Konkurrenzformen auch im Strafprozeßrecht möglich und unter welchen Bedingungen?
f) Ergibt sich aus diesen Bedingungen, daß der Verzicht auf verschiedene Strafbemessungsregeln die Gleichstellung auch im Strafprozeß *notwendig* macht?
g) Hat der Entwurf eines Einführungsgesetzes diese Bedingungen erfüllt, und sind die von ihm vorgeschlagenen Änderungen der Strafprozeßordnung vom prozessualen Standpunkt aus zweckentsprechend?

Nur zur Klarstellung sei noch darauf hingewiesen, daß aus den Erörterungen alle Fragen ausgeschieden sind, die beantwortet sein müssen, bevor im Einzelfall untersucht werden kann, ob Real- oder Idealkonkurrenz vorliegt. Da beide Konkurrenzformen eine *mehrfache* Gesetzesverletzung voraussetzen, muß die Feststellung hierüber zunächst getroffen werden; sie geht logisch der Frage nach der Konkurrenzform voraus. Alle Probleme, die diese Feststellung der mehrfachen Gesetzesverletzung betreffen, werden im folgenden als bereits gelöst betrachtet.

Es interessiert also hier nicht:

a) Der Gegensatz zwischen Realkonkurrenz und fortgesetzter Handlung,
b) der Gegensatz zwischen gleichartiger Idealkonkurrenz (mehrmaliger Bewertung nach demselben Gesetz) und einmaliger Bewertung mehrerer gleichartiger äußerer Erfolge (Ein Schuß tötet mehrere Menschen — ein Steinwurf zertrümmert mehrere Fensterscheiben).

II. Die Gleichstellung im materiellen Recht.

A. Die Bedeutung des Unterschiedes zwischen beiden Konkurrenzformen im geltenden Strafgesetzbuch.

Die Entwürfe von 1925 und 1927 erstreben die Gleichstellung beider Konkurrenzformen lediglich in der Weise, daß sie auf verschiedene Strafbemessungsregeln verzichten wollen; sonstige Änderungen des materiellen Rechts werden unter diesem Gesichtspunkt nicht vorgeschlagen. Sie sind auch nicht erforderlich, da die Bedeutung des Unterschiedes auf den Bereich der Strafbemessung beschränkt ist; auf den übrigen Gebieten des materiellen Rechts zeigt er keine praktischen Auswirkungen. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß schon nach geltendem Recht jede Deliktsverwirklichung unabhängig von der Konkurrenzform einem selbständigen rechtlichen Schicksal unterworfen ist. Diese Selbständigkeit zeigt sich vor allem im internationalen Strafrecht, in der Teilnahmelehre, beim Recht des Strafantrags und bei den Vorschriften über die Verjährung.

Mit den bekannten Ausnahmen gelten die Strafgesetze des Reichs nur für solche Taten, die im Inland begangen sind. Wann eine Tat im Inland begangen ist, entscheidet — in Anerkennung der vom Reichsgericht schon bisher in ständiger Rechtsprechung vertretenen Einheitstheorie — der Entwurf von 1927 in

§ 8.

„Eine Tat ist an jedem Ort begangen, wo sich der Tatbestand der strafbaren Handlung ganz oder zum Teil verwirklicht hat.“

§ 8 gilt in erster Linie für die Tat, die einem einzigen Tatbestand subsumierbar ist; er braucht aber nicht notwendig auch für die Fälle der Idealkonkurrenz zu gelten. Unrichtig hält hier Ehrhardt[2] einzelne räumlich getrennte unselbständige Einzelakte für nicht „denkbar“. Wenn jemand in Berlin eine Urkunde fälscht und von ihr sodann in Paris zum Zwecke eines Betrugs Gebrauch macht, so sind zweifellos die den Tatbestand des Betruges erfüllenden Tätigkeitsakte ausschließlich in Paris vorgenommen. Fände hier § 8 unter dem Gesichtspunkt der Tateinheit Anwendung, so könnte der Betrug auch im Inland verfolgt werden, während dies im Falle einer Realkonkurrenz zwischen beiden Delikten nicht möglich wäre; zwischen beiden Konkurrenzformen bestünde also ein Unterschied. Dieses Ergebnis wird jedoch vom Reichsgericht abgelehnt; in RG 57, 145 heißt es wörtlich: „Die Vorschrift des § 73 StGB würde nicht dazu führen können, den Beschwerdeführer wegen eines im Ausland begangenen, im Inland als solchen nicht verfolgbaren Betrugs nur deshalb mit Strafe zu belegen, weil durch dieselbe Handlung im Inland ein strafbares Paßvergehen verwirklicht wurde.“ Somit

2) Ehrhardt, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 214, S. 12.

kommt jeder Deliktsverwirklichung hinsichtlich des Begehungsortes volle Selbständigkeit zu; jeder Tatbestand muß unabhängig von dem anderen darauf geprüft werden, ob mindestens ein Tätigkeitsakt zu seiner Verwirklichung im Inland vorgenommen worden ist.

Die gleiche Selbständigkeit jeder Tatbestandsverwirklichung zeigt sich in der Teilnahmelehre. Anstiftung und Beihilfe zu dem einen von zwei ideell konkurrierenden Delikten sind sehr wohl möglich, die Teilnahme bezieht sich nicht notwendig auf die ganze einheitliche Tat des Haupttäters. Nur vereinzelt wird anders entschieden mit der Behauptung, daß die akzessorische Natur der Teilnahme in Verbindung mit der Einheitlichkeit der Handlung notwendig dazu führen müsse, die Möglichkeit einer Beteiligung nur an einem ideell konkurrierenden Delikte zu verneinen[3]. In der Rechtslehre ist aber immer wieder darauf hingewiesen worden, daß die Akzessorietät der Teilnahme nur soweit reicht, als sie vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben wird. Der Grundsatz besagt nur, daß die Anwendung der §§ 48, 49 StGB von einer rechtswidrigen und schuldhaften Haupttat abhängig ist. Weitere Schlußfolgerungen aus dieser positiv-rechtlichen Regelung zu ziehen, geht nicht an. Insbesondere darf die Akzessorietät nicht dazu verleiten, den Teilnehmer für fremde Schuld zu bestrafen. Gegen diesen Grundsatz würde aber verstoßen, wenn man der Einheit der Haupttat Einfluß auf die Strafbarkeit des Teilnehmers einräumen wollte. Nach richtiger Ansicht liegt ein Exzeß des Täters vor, wenn das ideell konkurrierende Delikt nicht vom Vorsatz des Teilnehmers umfaßt wird[4]. Selbstverständlich würde an diesem Ergebnis durch die Einschränkung der Akzessorietät oder durch Einführung des extensiven Täterbegriffes nichts geändert.

Besonders deutlich tritt die Selbständigkeit jeder Tatbestandsverwirklichung beim Institut des Strafantrags in Erscheinung. Kann der Verletzte, wenn zwei Antragsdelikte in Tateinheit konkurrieren(derselbe Steinwurf verletzt körperlich und beschädigt eine Sache), den Strafantrag auf das eine dieser beiden Delikte beschränken? Diese Frage hat das Reichsgericht in RG 62, 83 ff. grundsätzlich entschieden: „Der in § 63 Satz 1 StGB ausgesprochene Grundsatz der Unteilbarkeit ist insbesondere denkbar im Fall der gleichartigen oder *ungleichartigen Idealkonkurrenz* — Beschränkung auf einen Teil der tateinheitlich zusammentreffenden Straftaten. Aus der Entstehungsgeschichte folgt aber, daß § 63 Satz 1 *nur* die persönliche Beschränkung verbietet. *Auch* § 73 StGB *nötigt nicht zu der Annahme einer sachlichen Unteilbarkeit des Strafantrags*. Da es sich auch bei § 73 um eine Verbrechens*mehrheit* handelt, braucht sich die Einheit der Handlung keineswegs nach jeder Richtung auszuwirken; die einzelnen Tatbestandsverwirklichungen können auch in

3) Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen, Band II, S. 230.
4) Herrschende Lehre; vgl. Mezger, Strafrecht, S. 447; RG 44, 409 ff.

gewissen Beziehungen selbständiges Leben haben. Sie sind insbesondere gesondert darauf zu prüfen, ob für jede von ihnen durch die Stellung des Antrags ein Strafanspruch entstanden ist, und die Anwendung des § 73 kommt nur insoweit in Betracht, als die zusammenfallenden Straftaten verfolgbar sind." Aus diesen Ausführungen des Reichsgerichts ergibt sich eindeutig, daß die sachliche Beschränkung des Strafantrages auf ein ideell konkurrierendes Delikt stets zulässig ist. Diese Auffassung wird überwiegend in der Rechtslehre geteilt[5]. Ihre Richtigkeit folgt m. E. auch daraus, daß § 73 StGB nur eine Strafenabsorption, nicht auch eine Deliktsabsorption vorschreibt. Es besteht auch kein Anlaß, diese Selbständigkeit des ideell konkurrierenden Delikts in anderen Beziehungen nicht anzuerkennen. So wird die Antragsfrist bei mehreren Verletzten für jeden von ihnen besonders berechnet. Wenn ein Steinwurf den A. verletzt und eine Sache des B. beschädigt, so wird der Täter nur wegen Sachbeschädigung bestraft, falls A. die Frist versäumt, B. den Antrag rechtzeitig stellt[6]. Nach demselben Gesichtspunkt ist m.E. zu entscheiden, wenn z. B. derselbe Steinwurf den A. körperlich verletzt und zugleich seine Sache beschädigt. Stellt sich hier eine schwere Gesundheitsbeschädigung erst nach 4 Monaten heraus, so kann A. Strafantrag nur noch wegen der Körperverletzung stellen.

Aus dem gleichen Grunde ist auch Beginn und Ende der Verjährungsfrist (Verfolgungsverjährung) für jede Rechtsverletzung trotz Idealkonkurrenz selbständig nach § 67 StGB festzustellen[7]. Wer also eine schwere Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug begeht, kann nach 6 Jahren nicht mehr wegen Betrugs, wohl aber noch wegen schwerer Urkundenfälschung verfolgt werden.

Hinsichtlich der Vollstreckungsverjährung besteht in der Rechtslehre eine Streitfrage. Bei der Einheitsstrafe des § 73 können keine Schwierigkeiten auftauchen, da sich die Frist nur nach der Höhe dieser Einheitsstrafe bestimmen *kann*. Anders bei der Gesamtstrafe des § 74. *Frank* sieht in den Einsatzstrafen nicht bloße Rechnungsgrößen, sondern schreibt ihnen selbständige rechtliche Bedeutung zu, so daß die Vollstreckungsverjährung nach seiner Ansicht für jede Einsatzstrafe besonders läuft und die Frist sich nach ihrer Höhe richtet[8]. Die herrschende Lehre[9] läßt jedoch die Einzelstrafen hinsichtlich der Vollstreckung in ihrer Selbständigkeit untergehen und bestimmt die Frist nach der Höhe der Gesamtstrafe. In der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe liegt dann stets ein Akt der Unterbrechung; natürlich darf aber eine Einsatzstrafe bei Bildung der Gesamtstrafe nicht mehr verwertet werden, wenn diese Einsatzstrafe

5) Binding, Handbuch S. 636; Frank § 63 I; Lobe, LK. S. 432.
6) vergl. Lobe, LK § 62,2.
7) so das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung: RG 26, 263; 39, 355.
8) Frank § 74 IV.
9) vergl. Lobe LK § 70, 6; Ehrhardt a.a.O., S. 30; Höpfner a.a.O., S. 226; von Liszt, Lehrbuch § 78 IV.

bereits verjährt ist. Tritt nach den §§ 75, 77 StGB Strafkumulation ein, so behalten naturgemäß die Einsatzstrafen ihre Selbständigkeit. Danach besteht nach geltendem Recht — soweit man die h. L. zugrunde legt — im allgemeinen kein Unterschied zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit hinsichtlich der Vollstreckungsverjährung; denn auch bei der Realkonkurrenz kommt nur die Gesamtstrafe in Betracht. Eine Ausnahme gilt jedoch für den Fall, daß auf Freiheitsstrafe und Geldstrafe nebeneinander erkannt ist. Ist eine solche Verurteilung wegen „einer und derselben Handlung" erfolgt, so findet § 71 StGB Anwendung, andernfalls läuft für jede Strafe die nach § 70 für sie geltende Frist. Der Entwurf von 1927 gibt für diese Fälle in § 83 Abs. 2 eine einheitliche Vorschrift, die nicht mehr zwischen Handlungseinheit und Handlungsmehrheit unterscheidet. Die erwähnte Streitfrage wird mit Einführung der Einheitsstrafe zwangsläufig erledigt sein.

Nach Mitteilung von Reimer[10] hat die amtliche Strafrechtskommission beschlossen, das gesamte Verjährungsrecht völlig umzugestalten. Grundsätzlich soll durch Zeitablauf weder die Strafbarkeit einer Tat noch die Vollstreckbarkeit einer rechtskräftig erkannten Strafe erlöschen. Dieser Grundsatz erfährt jedoch gewisse Einschränkungen. Hinsichtlich der Verfolgbarkeit sollen die Stadien des Verfolgungszwanges, der Verfolgungsmöglichkeit und des Verfolgungsverbots unterschieden werden. Dabei soll die Länge der Stadien von der Strafwürdigkeit der Tat abhängen. Hinsichtlich der Vollstreckbarkeit ist vorgesehen, bei todes- und zuchthauswürdigen Verbrechen die Abstandnahme von der Vollstreckung der Gnadeninstanz zu überlassen; bei der sogenannten mittleren und kleineren Kriminalität soll eine rechtskräftig erkannte Strafe nach bestimmter Zeit als erlassen gelten.

Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß eine solche Regelung ohne Einfluß wäre auf die hier interessierenden Gesichtspunkte. Insbesondere bestünde — entsprechend der vom Reichsgericht zum geltenden Verjährungsrecht entwickelten Rechtsprechung — die Möglichkeit, daß von zwei ideell oder real konkurrierendn Delikten das eine noch im Stadium der Verfolgungsmöglichkeit steht, das andere bereits in das Stadium des Verfolgungsverbots eingetreten ist, und daß folglich nur noch das erste verfolgt werden kann.

Ich komme somit zu dem Ergebnis, daß nach geltendem Recht der Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen nur in den verschiedenen Strafbemessungsregeln der §§ 73 ff. StGB liegt, und daß auch die Vorschläge des Entwurfs auf anderen Gebieten des materiellen Rechts hieran nichts ändern.

---

10) Reimer, in Gürtner, das kommende deutsche Strafrecht, S. 156 ff.

B. Die Einführung einer gleichen Strafbemessungsregel im Entwurf von 1927, Kritik seiner Vorschläge.

Der Entwurf von 1927 will folgende, für beide Konkurrenzformen gleichen Strafbemessungsregel aufstellen:

§ 65.

„Sind auf dieselbe Tat mehrere Strafgesetze anwendbar oder ist durch die Tat dasselbe Strafgesetz mehrmals verletzt oder hat jemand mehrere selbständige Taten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, so ist nur auf eine Strafe zu erkennen."

§ 66.

„Die Strafe wird nach dem Gesetz bestimmt, das die höchste Strafe oder, bei ungleichen Strafarten, die Strafe schwerster Art androht; doch darf auf keine niedrigere oder der Art nach leichtere Strafe erkannt werden, als nach den übrigen Strafgesetzen zulässig ist.

Das Höchstmaß der Strafe, das in dem anzuwendenden Strafgesetz vorgesehen ist, darf um die Hälfte überschritten werden; doch darf die Dauer einer zeitigen Freiheitsstrafe die Summe der angedrohten Höchststrafen und die Dauer von fünfzehn Jahren nicht übersteigen.

Auf Einschließung kann erkannt werden, wenn die Voraussetzungen hierfür auch nur bei einer der zusammentreffenden Gesetzesverletzungen vorliegen und die anderen daneben nicht ins Gewicht fallen."

§ 67.

„Neben der Strafe müssen oder können Nebenstrafen und Nebenfolgen und Geldstrafe nach § 38 verhängt und Maßregeln der Besserung und Sicherung für zulässig erklärt oder angeordnet werden, wenn das auch nur wegen einer der Gesetzesverletzungen zugelassen oder vorgeschrieben ist."

§ 68.

„Die Vorschriften der §§ 65 bis 67 gelten auch dann, wenn jemand vor der Verbüßung, der Verjährung oder dem Erlaß einer Strafe wegen einer anderen Tat verurteilt wird, die nach der Zeit ihrer Begehung schon in dem früheren Verfahren hätte abgeurteilt werden können."

Der Entwurf hatte zwei Möglichkeiten einer gleichen Strafbemessungsregel; er konnte entweder die Bildung einer Einheitsstrafe oder Auswerfung von Einzelstrafen für jede Tatbestands-

verwirklichung und Zusammenfassung zu einer Gesamtstrafe vorschreiben. Er hat sich für das Prinzip der Einheitsstrafe entschieden, die dem schwersten der anzuwendenden mehreren Strafgesetze zu entnehmen ist. Der Strafrahmen dieses schwersten Gesetzes erfährt jedoch mehrfache Modifikationen: In Richtung des Strafminimums wird der Strafrahmen enger, indem auf kein geringeres Strafmaß und auf keine leichtere Strafart erkannt werden darf, als nach den übrigen verletzten Strafgesetzen zulässig ist (§ 66 Abs. 1). In Richtung des Strafmaximums erweitert sich der Strafrahmen, indem das Maximum regelmäßig um die Hälfte überschritten werden darf. Diese Erweiterung erfährt ihrerseits wieder eine doppelte Begrenzung bei zeitigen Freiheitsstrafen; weder darf die Summe der angedrohten Höchststrafen, noch darf die Gesamtdauer von 15 Jahren überschritten werden (§§ 66 Abs. 2). Zur Findung des Strafmaximums sind also stets zu vergleichen:

a) die Höchststrafe vermehrt um die Hälfte
b) die Summe der angedrohten Höchststrafen
c) die absolute Grenze von 15 Jahren.

Die niedrigste dieser drei Größen ist das Maximum der Einheitsstrafe. Gegenüber dem geltenden Recht ist demgemäß das Strafmaximum bei Idealkonkurrenz erhöht, bei Realkonkurrenz im Regelfall ermäßigt, da § 74 StGB die annähernde Kumulation der Einsatzstrafen gestattet. Nach Mitteilung von Grau[11] will die amtliche Strafrechtskommission die Begrenzung unter lit. a) fallen lassen; damit wäre das Strafmaximum der Einheitsstrafe etwa dem des § 74 StGB gleichgestellt.

Hauptziel des Entwurfs ist die Entlastung des Tatrichters von einer angeblich zwecklosen Aufgabe; dem Richter soll in Zukunft die Feststellung erspart bleiben, in welchem Konkurrenzverhältnis mehrere Rechtsverletzungen des Angeklagten stehen. Die Würdigung des Entwurfs muß daher mit der Frage beginnen, ob nach der vorgeschlagenen Formulierung diese Aufgabe tatsächlich weggefallen ist.

Die Kritik v. Hippels[12] trifft hier nicht den entscheidenden Gesichtspunkt. Nach seiner Ansicht hat der Entwurf die erstrebte durchgreifende Entlastung des Gerichts von angeblich unnötiger dogmatischer Arbeit deshalb nur sehr unvollkommen erreicht, weil nach wie vor, auch bei Idealkonkurrenz, alle verletzten Gesetze ermittelt und angegeben werden müßten; denn jedes verletzte Gesetz sei bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, seine Übergehung daher Revisionsgrund. Diese Auffassung ist zwar unbestreitbar richtig, enthält aber durchaus keine Kritik der Gleichstellung. Von der Feststellung, welche Strafgesetze verletzt sind, kann man selbstverständlich den Richter nicht entlasten: darin dürfte gerade seine Aufgabe bestehen. Er soll, nachdem diese Feststellung getroffen ist, von der

11) Grau, in Gürtner, das kommende deutsche Strafrecht, S. 152.
12) von Hippel, in ZStW 42, 541.

weiteren Prüfung entbunden werden, wie diese Gesetzesverletzungen konkurrieren. Vorausgesetzt wird dabei, daß echte Konkurrenz vorliegt; den die Prüfung, ob nicht die verletzten Gesetze im Verhältnis der Spezialität, Konsumtion, Subsidiarität stehen (sog. Gesetzeskonkurrenz), bleibt dem Richter selbstverständlich nicht erspart.

Honig[13] behauptet nun, daß der Entwurf seine Absicht in diesem entscheidenden Punkt nicht erreicht habe. Der Richter müsse auch künftig feststellen, ob die mehreren Strafgesetze durch eine oder durch mehrere Handlungen verletzt seien, um auf Grund dieser Feststellung die Strafzumessung zu rechtfertigen; denn § 63 (Entw. 1925 — § 65 Entw. 1927) betone durch seine Fassung ausdrücklich den Gegensatz zwischen Tateinheit und Tatmehrheit, eine falsche Subsumtion könne also nach wie vor die Revision rechtfertigen. Honig schlägt deshalb folgende Fassung des Gesetzes vor[14]:

> „Bei gleichzeitiger Aburteilung wegen Verletzung mehrerer Strafgesetze oder wegen mehrfacher Verletzung desselben Strafgesetzes ist nur auf eine Strafe zu erkennen."

Überwiegend nimmt die Rechtslehre jedoch an, daß die Kritik Honigs nicht zutreffe; in zweifelhaften Fällen brauche der Richter lediglich die Verletzung mehrerer Strafgesetze festzustellen, ohne darüber befinden zu müssen, ob dies durch eine oder mehrere Handlungen geschehen sei[15]. Niederreuther[16] vertritt eine Mittelmeinung. Durch die §§ 65 ff. sei der Unterschied nicht schlechthin beseitigt. Gelange der Richter zur Feststellung mehrerer Gesetzesverletzungen, so müsse er außerdem noch für die Verhängung einer Einheitsstrafe die Anwendbarkeit des § 65 dartun. Das könne zwar, wenn das Konkurrenzverhältnis zweifelhaft sei, durch eine Alternativentscheidung geschehen, niemals aber sei mit der bloßen Feststellung mehrerer Gesetzesverletzungen die Anwendbarkeit des § 65 genügend dargetan, weil dann das logische Bindeglied fehle.

M. E. ist der herrschenden Lehre beizupflichten. Durch die Gleichstellung beider Konkurrenzformen im Strafrahmen gibt der Entwurf zu erkennen, daß der Unterschied zwischen Einheit und Mehrheit der Handlung für die Strafbemessung nicht maßgebend sein muß. Der Richter darf sich deshalb jeder Beurteilung der Konkurrenzfrage enthalten und kann seine Strafbemessung lediglich auf der Feststellung mehrfacher Gesetzesverletzung aufbauen. Niederreuther schreibt dem „oder" in § 65 m. E. fälschlich dieselbe Bedeutung zu wie dem „oder" in einem sogenannten alternativen Mischgesetz[17]; dabei wird verkannt, daß Tatbestand und Strafbemessungsregel ganz verschiedene Funktionen zu erfüllen haben.

13) Honig, Studien, S. 22 ff.
14) Honig, Ger. S. 92, 118.
15) vergl. Wach in DJZ 1925, 537; Gerland, Entwurf 1925, S. 82 ff.; Ehrhardt a.a.O., Seite 10.
16) Niederreuther, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 278, S. 132.
17) vergl. Mezger, Strafrecht, S. 195.

Damit ist aber das Problem des Konkurrenzunterschiedes in seiner Bedeutung für die Strafbemessung noch nicht erschöpft.

Es erhebt sich zunächst die Frage, ob der Entwurf durch die Einführung einer gleichen Strafbemessungsregel die Berücksichtigung des Unterschiedes bewußt verbietet. Wie im folgenden Abschnitt gezeigt wird, kann ernsthaft nicht bestritten werden, daß die wiederholte Auflehnung gegen die Rechtsordnung regelmäßig größere Schuld begründet. Es ist deshalb sehr wohl denkbar, daß der Richter in Zukunft die Tatsache der Handlungsmehrheit bei der Strafbemessung als strafschärfend berücksichtigt. Unterliegt ein solches Urteil ohne weiteres der Aufhebung, weil nach dem Entwurf eine derartige Begründung als ausdrücklich verboten angesehen werden muß? Diese Absicht darf dem Entwurf m. E. nicht unterstellt werden; sie wäre sinnwidrig. Denn dem Begriff des Strafrahmens ist die Wertungsfreiheit innerhalb desselben immanent. Wenn für zwei logisch verschiedene Tatbestände der gleiche Strafrahmen vorgeschrieben wird, so bedeutet das, daß der Gesetzgeber selbst keine generelle Wertung durch Aufstellung verschiedener Strafrahmen vornehmen, sondern dem Richter die konkrete Wertung überlassen will. Niemals kann darin, wenn es nicht wörtlich ausgesprochen wird, das Verbot erblickt werden, den Unterschied zwischen diesen beiden Tatbeständen bei der konkreten Wertung zu berücksichtigen.

Damit erhebt sich die weitere Frage, ob ein Urteil, das den Unterschied zulässigerweise bei der Strafbemessung verwertet, der Aufhebung durch den Revisionsrichter dann unterliegt, wenn der Unterschied verkannt ist. Grundsätzlich steht im geltenden Recht die Strafbemessung innerhalb des gesetzlich festgelegten Strafrahmens ausschließlich im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Diese Freiheit folgt aus dem Fehlen jeglicher Strafbemessungsregeln im geltenden Recht. Der Entwurf von 1927 hat solche Regeln aufgenommen, indem er einen ganzen Katalog von Tatsachen anführt, die der Tatrichter bei Bemessung der Strafe berücksichtigen soll. Damit wird die Strafbemessung im Rahmen dieses Katalogs ohne Zweifel revisibel; eine falsche Auslegung dieser benannten Strafzumessungsgrundlagen muß zur Aufhebung des Urteils, wenigstens im Strafausspruch, führen. Soweit dagegen andere, im Gesetz nicht genannte Gesichtspunkte, wie der Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen, für die Strafbemessung herangezogen werden, dürften die für das geltende Recht von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze maßgebend sein. Das Reichsgericht erkennt die Freiheit des Tatrichters in der Strafbemessung grundsätzlich an, hat aber in zahlreichen Entscheidungen ausgeführt, daß der Strafausspruch jedenfalls dann der Aufhebung unterliegt, wenn die Strafbemessung von rechtsirrtümlichen Voraussetzungen ausgeht[18]. So wird in RG 8, 76 das angefochtene

18) vergl. RG 8, 76; 23, 91; 38, 207; JW 1925, 2118.

Urteil aufgehoben, weil aus den Urteilsgründen entnommen werden mußte, daß der Vorderrichter von einer falschen Auffassung über die Regeln der Gesamtstrafenbildung ausgegangen war. Das Urteil in JW 1925, 2118 verfällt der Aufhebung, weil der Tatrichter ersichtlich auf eine möglichst milde Strafe erkennen wollte, dabei aber übersehen hatte, daß für die Tat die Annahme mildernder Umstände möglich war, und daß infolgedessen ein milderer Strafrahmen zur Verfügung stand. Nach dieser Rechtsprechung müßte also in Zukunft ein mit der Revision angefochtenes Urteil aufgehoben werden, das zwar zulässigerweise von der regelmäßig größeren Strafwürdigkeit der Realkonkurrenz ausgeht, dabei aber fälschlich Realkonkurrenz zwischen den festgestellten mehreren Gesetzesverletzungn annimmt; denn hier wäre die Strafbemessung von rechtsirrtümlichen Voraussetzungen ausgegangen.

Ein Gesetz, das nur die Einheitsstrafe kennt, muß darauf bedacht sein, daß möglichst alle Rechtsverletzungen des Täters in einem Verfahren abgeurteilt werden. Der Entwurf eines Einführungsgesetzes will eine gewisse Garantie hierfür durch die Neufassung des § 265 StPO schaffen, der erhebliche Erleichterungen für die Klageerweiterung gewährt. Immerhin muß der Gesetzgeber für den Fall, daß eine gemeinsame Aburteilung aller Rechtsverletzungen nicht erfolgt, weil z. B. das Gericht keine Kenntnis von der ersten Verurteilung hat, Vorschriften für das erforderliche Nachtragserkenntnis aufstellen. Das ist geschehen durch § 68 Ent. 1927 und durch eine ähnliche Bestimmung im Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes von 1927 (Reichstagsvorlage):

§ 9.

„Ist jemand mehrfach rechtskräftig verurteilt worden, ohne daß die Vorschrift des § 68 des Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs befolgt ist, so hat das Vollstreckungsgericht die früheren Straffestsetzungen aufzuheben und gemäß § 68 die Strafe einheitlich festzusetzen. Die Strafe muß schwerer sein als die schwerste der früheren Strafen; sie darf nicht schwerer sein als die früheren Strafen zusammen.

Waren die Entscheidungen von verschiedenen Strafgerichten erlassen, so bestimmt sich die Zuständigkeit des Vollstreckungsgerichts nach der Sache, in der die Strafe schwerster Art oder bei Strafen gleicher Art die höchste Strafe oder bei Strafen gleicher Art und Höhe die letzte Strafe ausgesprochen worden ist; hat in einer Sache das Reichsgericht oder ein Oberlandesgericht in erster Instanz erkannt, so ist das Reichsgericht oder das Oberlandesgericht zuständig.

Verliert eine Entscheidung nach dem Eintritt der Rechtskraft für einen Teil der darin abgeurteilten Gesetzesverletzungen die Vollstreckbarkeit, so hat das Vollstreckungsgericht für die

übrigen Gesetzesverletzungen eine neue Strafe festzusetzen. Dies gilt entsprechend, wenn die Auslieferung des Verurteilten nur wegen eines Teils der in einer Entscheidung abgeurteilten Gesetzesverletzungen erwirkt werden kann."

Beide Bestimmungen bedürfen notwendig einer Ergänzung. § 9 Abs. 1 schreibt zwar eine vernünftige Bindung des Vollstreckungsrichters an die Strafen der dem Nachtragserkenntnis zugrundeliegenden Urteile vor; es fehlt jedoch der erforderliche Umrechnungsmaßstab für Strafen verschiedener Art. § 68 Entw. 1927 kennt weder einen solchen Maßstab, noch überhaupt eine Bindung des zweiten Richters an die vom ersten Richter verhängte Strafe. Das führt zu zahlreichen Unstimmigkeiten:

a) der Richter kann trotz der neuen Rechtsverletzung die erste Strafe ermäßigen;
b) die neue Strafe kann umgekehrt schwerer sein als die Summe der ersten Strafe und der höchsten, wegen der zweiten Rechtsverletzung zulässigen Strafe;
c) danach erlangt der Amtsrichter, der ein leichtes Vergehen abzuurteilen hat, noch nachträglich die Entscheidungsgewalt über die von einem Schwurgericht verhängte Zuchthausstrafe;
d) für eine etwa notwendige Umrechnung kann sich der Richter seinen eigenen Maßstab bestimmen.

Ein weiterer Mißstand ergibt sich daraus, daß § 68 nach seinem Wortlaut auch dann Anwendung finden soll, wenn das erste Urteil noch nicht rechtskräftig ist. V o n W e b e r [19] nimmt an, daß infolgedessen das Nachtragserkenntnis auf schwankendem Boden stehe, weil ein Erfolg des Rechtsmittels gegen das erste Urteil diesem die Grundlage notwendig entziehe; ein derartig bedingtes Urteil widerspreche aber herkömmlichen Vorstellungen. M. E. hat hier der erste Berufungsrichter nach § 68 zu verfahren, evtl. nachher wieder der zweite Berufungsrichter, so daß sich die Beurteilungen der verschiedenen Gerichte in geradezu unerträglicher Weise durchkreuzen. Man denke auch an den Fall, daß der Angeklagte gegen das eine Urteil nur wegen des Strafmaßes Berufung einlegt. Ist ihm Erfolg beschieden, so kann dieser durch den anderen Richter wieder illusorisch gemacht werden. Das österreichische Recht vermeidet diesen Fehler, weil nach § 265 öst. StPO nur rechtskräftige Strafen einbezogen werden können. Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus § 265 öst. StPO, wird aber von Rechtsprechung und Rechtslehre in Österreich allgemein angenommen[20].

Die geschilderten Ergebnisse müssen vermieden werden. Zunächst dürfen in das Nachtragserkenntnis gemäß § 68 nur rechtskräftige Urteile einbezogen werden; werden zwei Urteile nebeneinander

19) von Weber, in GerS. 100, 239.
20) vergl. Lohsing, österreichisches Strafprozeßrecht, S. 354.

rechtskräftig, so ist nach § 9 zu verfahren. Ferner ist für beide Fälle (§ 9 und § 68) ein Umrechnungsmaßstab erforderlich. Schließlich muß auch für das Nachtragserkenntnis gemäß § 68 eine dem § 9 entsprechende Bindung des zweiten Richters an die in dem früheren Urteil verhängte Strafe auferlegt werden, und zwar nach zwei Richtungen hin: Einmal muß die neue Einheitsstrafe schwerer sein als die Strafe des ersten Urteils, sodann darf sie nicht schwerer sein als die Summe aus der ersten Strafe und dem Höchstmaß, das der zweite Richter verhängen darf.

Es sei noch darauf hingewiesen, daß das Wort „Tat" in § 68 mit Rücksicht auf die Vorschläge für das neue Strafprozeßrecht im Entwurf eines Einführungsgesetzes nicht mehr paßt und durch das Wort „Rechtsverletzung" ersetzt werden muß. Hierüber wird an späterer Stelle gesprochen werden.

C. Die Gründe für und gegen eine gleiche Strafbemessungsregel.

Um technischer Vorteile willen, um dem Richter durch Beseitigung eines beliebten Revisionsgrundes Arbeit zu ersparen, hat der Entwurf von 1927 die gleiche Strafbemessungsregel vorgeschlagen. Die Frage, ob diese Gleichstellung mit der materiellen Gerechtigkeit in Einklang steht, wird von der amtlichen Begründung mit keinem Wort berührt. Gerade dieser Gesichtspunkt aber muß für eine kritische Würdigung des Entwurfs der entscheidende sein. Eine gleiche Strafbemessungsregel läßt sich nicht rechtfertigen, wenn trotz gleicher Rechtsverletzungen Tateinheit grundsätzlich geringere Schuld begründet als Tatmehrheit; es geht nicht an um technischer Vorteile willen die materielle Gerechtigkeit hintanzusetzen. Immerhin wird man verschiedene Strafrahmen nur fordern dürfen, wenn nach gesundem Empfinden bei Tateinheit eine regelmäßig und erheblich geringere Schuld vorliegt; denn für den Gesetzgeber kann nur der Durchschnitt der Fälle maßgebend sein. Ist die Strafwürdigkeit regelmäßig gleich oder läßt sich im Durchschnitt eine nur wenig größere Strafwürdigkeit bei Tatmehrheit feststellen, so dürfte ein gleicher Strafrahmen berechtigt sein, und der letzte Ausgleich der richterlichen Strafbemessung überlassen werden können.

1. Die gleiche Strafdrohung unter dem Gesichtspunkt der materiellen Gerechtigkeit.

Es kann m. E. keinem Zweifel unterliegen, daß die Volksanschauung ohne Bedenken das mehrmalige Handeln erheblich schwerer bewertet als einmaliges Handeln. Aber diesem gefühlsmäßigen Urteil liegt noch keine klare Vorstellung über den Unterschied zwischen Tateinheit und Tatmehrheit zugrunde, es beruht jedenfalls auf dem Vergleich solcher Fälle, in denen der Unterschied für die Bewertung klar in die Augen springt. Untersucht man dieses

Urteil näher, so erweist es sich nur als berechtigt, wenn die Begriffe der Tateinheit und Tatmehrheit selbst nicht formallogisch, sondern wertmäßig bestimmt werden; ein Kriterium, das wertmäßig neutral ist, kann nicht Maßstab für die Strafwürdigkeit sein. Dieser Forderung wird die im folgenden näher dargelegte Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht gerecht; und ich halte deshalb den Unterschied zwischen Tateinheit und Tatmehrheit, wie er sich im Lichte der Rechtsprechung darstellt, für völlig ungeeignet, einen Maßstab für verschiedene Strafbemessungsregeln abzugeben. Der Kampf in der Rechtslehre um die Gleichstellung und die scheinbar unüberbrückbaren Gegensätze beruhen zum wesentlichen darauf, daß die eine Seite in ihrer Ablehnung der Gleichstellung gefühlsmäßig von einem anderen Kriterium ausgeht als das Reichsgericht, während die andere Seite aus den Folgen der falschen Begriffsbestimmung des Reichsgerichts Kapital für die Gleichstellung schlägt, statt diese falsche Begriffsbestimmung anzugreifen. Die im Schrifttum hauptsächlich vorgebrachten Gründe Für und Wider die Gleichstellung seien zunächst kurz zusammengestellt:

Schärfster Gegner des Entwurfs ist v. Liszt[21]:

> „Eine Handlung fällt von jedem theoretischen Gesichtspunkt aus, also ganz unabhängig von der Frage einfacher oder mehrfacher Subsumierbarkeit, wesentlich leichter ins Gewicht als mehrere. Man braucht nur das berühmte Beispiel (Notzucht des Vaters an der verheirateten Tochter) in drei selbständige Handlungen zu zerlegen (heute Inzest, morgen Ehebruch, übermorgen Notzucht), um den erheblichen Unterschied in der Strafwürdigkeit schlagend zu beweisen."

Ähnlich äußert sich v. Hippel[22]:

> „Ein einheitlicher Strafrahmen ist entweder für die Realkonkurrenz zu eng oder für die Idealkonkurrenz übertrieben weit und gefährdet dadurch die Gerechtigkeit der Strafzumessung; denn gegenüber der Realkonkurrenz ist die Idealkonkurrenz der minder strafwürdige Fall. In der Beseitigung des Unterschiedes erblicke ich danach keinen Fortschritt, sondern einen Kulturrückschritt und zugleich eine Abwälzung der vom Gesetzgeber zu lösenden Aufgabe auf den Richter, die notwendig Rechtsunsicherheit zur Folge hat."

Höpfner[23] macht geltend,

> daß ein einmaliges Tun durchschnittlich eine geringere Verschuldung begründe als ein mehrmaliges Handeln; es bekunde eine geringere Intensität des verbrecherischen Willens als

21) von Liszt, ZStW 30, 277.
22) von Hippel, ZStW 42, 541 und Strafrecht S. 509.
23) Höpfner, a.a.O., Seite 265 f.

mehrere selbständige Taten, wenn der Täter nur einmal den verbrecherischen Tendenzen erlegen sei.

Auf der anderen Seite wird ebenso energisch die durchschnittliche Berechtigung dieser Auffassung bestritten und deshalb die Gleichheit des Strafrahmens befürwortet[24]. Man macht geltend, daß gerade die eintätige Verletzung mehrerer Gesetze nicht selten eine viel größere Strafwürdigkeit herbeiführe; das Zusammentreffen der Merkmale mehrerer Verbrechen in einer Handlung könne die soziale Gefährlichkeit und Schuldintensität derartig steigern, daß selbst Kumulation der Strafmaxima nicht annähernd ausreiche, um dem Richter das angemessene Strafäquivalent zur Verfügung zu stellen. Die besonderen Qualifikationsgründe bei einzelnen Tatbeständen seien oft nichts anderes als eine vertypte Idealkonkurrenz. Dohna weist auf den vom geltenden Recht selbst berücksichtigten Tatbestand des Raubes hin: die eine Strafe des Raubes erreiche im Maximum beinahe das Vierfache der Summe der Strafdrohungen gegen Diebstahl und Nötigung, deren ideale Konkurrenz sich im Raubtatbestand verkörpere. Coenders[25] macht weiter geltend, daß in demselben Affekt, in demselben Rauschzustande oft die verschiedensten Delikte in äußerlich selbständiger Betätigung begangen werden (Körperverletzungen, Beleidigungen, Bedrohungen), daß aber in solchen Fällen die einheitliche psychische Grundlage eher Berücksichtigung verdiene im Sinne der Milderung als die psychische Gestaltung zahlreicher Fälle der Idealkonkurrenz, wenn nämlich der Täter mit voller Überlegung und Kenntnis der Doppelwertigkeit seines Tuns einmal handle.

Der letztere Gesichtspunkt wird besonders anschaulich von Binding[26] hervorgehoben:

„Die Stellungnahme des Gesetzgebers zugunsten der Idealkonkurrenz ist durchaus unzutreffend. Denn gerade jene Häufung der Verbrechen in einem Tatakt kann eine kaum übersteigbare verbrecherische Verwegenheit verbunden mit raffiniertester Überlegung beweisen, während das zeitliche Auseinandertreten der Taten zu zeigen vermag, daß der Schuldige nur zögernd, mit innerem Widerstreben, das nur durch jeweilige starke Anreize überwunden worden ist, die Bahn des Verbrechens betreten hat. Nicht einmal läßt sich sagen, daß im Durchschnitt bei der Idealkonkurrenz die strafmindernden, bei der Realkonkurrenz aber die straferhöhenden Momente überwiegen. Im Gegenteil: außerordentlich häufig zeigt gerade die Idealkonkurrenz eine erschreckende Nichtachtung der zu verbundener, also um so sicherer Wirksamkeit berufenen Pflicht-

24) vergl. Dohna, in Aschroth—von Liszt, S. 413; Coenders, Über die Idealkonkurrenz; Honig, Studien, S. 9; Lobe, Ger., S. 93, 118 ff.
25) Coenders a.a.O., S. 23.
26) Binding, Handbuch, S. 576.

> motive. Größere Körperkraft, größere Geschicklichkeit greift zur Idealkonkurrenz, weil sie „durch eine Handlung" so viel auszurichten weiß, wie geringere Kraft und geringere Geschicklichkeit durch mehrere."

Lobe[27] wirft der Gegenseite vor, sie gehe viel zu weit von der einseitigen Vorstellung aus, es handle sich bei ideellem Zusammentreffen von Delikten im wesentlichen um dieselben Tatbestandsmerkmale, und nur bei einem Delikt trete noch ein geringfügiger Überschuß hinzu, der eine besondere Straffestsetzung nicht rechtfertige. Man sehe die Idealkonkurrenz im Bilde zweier Kreise, die zwar nicht völlig konzentrisch sind, wie bei der Gesetzeskonkurrenz, die sich aber doch ziemlich weit decken; in Wirklichkeit aber seien die Fälle der Idealkonkurrenz sehr verschieden und häufig seien in dem zur Beurteilung stehenden Tatsachenkomplex nach natürlicher Auffassung zwei völlig selbständige Handlungen enthalten, die nur wegen eines einzigen gemeinsamen Merkmals zur juristischen Tateinheit zusammengefaßt werden müßten.

Wie schon erwähnt, sind diese Für und Wider angeführten Gründe zu wenig an den Ergebnissen der Rechtsprechung orientiert. Beide Auffassungen sind zugleich richtig und falsch. Der ersten Ansicht muß beigepflichtet werden, wenn man Tateinheit und Tatmehrheit nicht nach dem formallogischen Kriterium des Reichsgerichts, sondern nach einem Gesichtspunkt abgrenzt, der dem Wertunterschied wirklich gerecht wird. Die andere Auffassung erscheint zutreffend, wenn man der Betrachtung das reichsgerichtliche Kriterium gleichsam als Axiom zugrundelegt und von hier aus die einzelnen Fälle untersucht.

Seit der grundlegenden Entscheidung in RG 32, 137 nimmt das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung Tateinheit dann an, wenn

> „die Willensbetätigungsakte, durch welche der Tatbestand der verschiedenen strafbaren Handlungen hergestellt wird, wenn nicht vollständig so doch zu einem Teile dergestalt zusammenfallen, daß mindestens ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Tatbestandes beider Delikte mitwirkt."

Dieses Kriterium formuliert v. Hippel[28] inhaltlich übereinstimmend dahin:

> „Idealkonkurrenz liegt vor, wenn die Ausführungshandlung für mehrere Delikte ganz oder teilweise identisch ist."

Etwas anschaulicher, aber ebenfalls inhaltlich gleich, sagt Beling[29]:

> „Hängen die mehreren Tateinheiten (= Rechtsverletzungen) auch nur mit einem identischen Element zusammen, so kann man sie nicht als auseinanderfallende Taten behandeln, weil sonst das Bindeglied ignoriert würde."

27) Lobe, in GerS. 93, 126 ff.
28) von Hippel, Strafrecht, S. 515.
29) Beling, Die Lehre von Verbrechen, S. 319 f.

Lediglich dieser formallogische Gesichtspunkt der Identität eines Willensbetätigungsaktes ist also für die Annahme der Tateinheit entscheidend; zeitlicher Zusammenhang oder selbst Gleichzeitigkeit der einzelnen Tatbestandsverwirklichungen sind nicht ausreichend. Daß aber gerade dieses formallogische Kriterium der Handlungseinheit über die Strafwürdigkeit nichts aussagen kann, erscheint schon prima facie einleuchtend; die krassen Unstimmigkeiten, die aus diesem Kriterium folgen, seien aber noch an einigen Beispielen aufgezeigt.

Besonders ausschlußreich sind zwei in neuester Zeit ergangene Entscheidungen des Reichsgerichts (RG 65, 102; 66, 221):

In RG 65, 102 ist ausgeführt: „Die erschwerte Urkundenvernichtung durch einen Beamten (§§ 348 Abs. 2, 349 StGB) steht grundsätzlich mit der Amtsunterschlagung gemäß § 350 StGB, die durch die Urkundenvernichtung ermöglicht wurde, in Realkonkurrenz, weil sich die Tatbestände der beiden Straftaten in keinem Punkte des Gesamtverhaltens decken. Enthält aber das Urkundenvergehen im Einzelfall zugleich einen der in § 351 StGB erwähnten Umstände, so wird ausnahmsweise zwischen dem Verbrechen gemäß §§ 348 Abs. 2, 349 StGB und der nach § 351 erschwerten Amtsunterschlagung das Verhältnis der Tateinheit hergestellt, weil hier der in § 351 genannte Umstand als Bindeglied dient.“ Zieht man nun die verschiedenen Strafrahmen der angezogenen Bestimmungen in Betracht, so könnte bei erschwerter Amtsunterschlagung nur auf höchstens 10 Jahre Zuchthaus (§ 73), bei nicht qualifizierter Amtsunterschlagung auf annähernd 13 Jahre, 4 Monate Zuchthaus (10 Jahre Zuchthaus und 5 Jahre Gefängnis) erkannt werden (§ 74 Abs. 3). Daß ein solches Ergebnis sinnwidrig ist, dürfte außer Zweifel stehen.

In RG 66, 221 wendet das Reichsgericht die oben zitierte Formel auch dann an, wenn zwei an sich völlig selbständige Handlungen je ein Merkmal mit einem dritten Delikt gemeinsam haben. Alsdann soll, weil dieses dritte Delikt mit jeder der beiden anderen Straftaten tateinheitlich zusammentrifft, auch zwischen diesen das Verhältnis der Tateinheit hergestellt werden[30]. Dieses Verhältnis ist besonders dann häufig, wenn Straftaten mit einer unbefugt geführten Waffe begangen werden. Ein solcher Fall stand auch in RG 66, 221 zur Entscheidung. Der Angeklagte hatte unbefugt eine Waffe geführt und zwar von vornherein zu dem Zweck, damit Gewalttätigkeiten zu begehen. Dadurch wird nach ständiger Rechtsprechung Tateinheit zwischen unbefugter Waffenführung und dem mit der Waffe ausgeführten Delikt, etwa einer gefährlichen Körperverletzung begründet[31]. Folglich treten auch alle mit der Waffe ausgeführten gefährlichen Körperverletzungen untereinander in Tat-

30) so schon früher RG 56, 329; 60, 241; 66, 120.
31) vergl. RG in JW 1932, 406; RG in DJZ 1930, 1036; RG 59, 361; 66,117.

einheit, mögen sie zeitlich noch so weit auseinanderliegen. Dieses Ergebnis ist absolut sinnlos:

a) Der Täter kann noch so viele gefährliche Körperverletzungen mit der Waffe begangen haben, die Höchststrafe ist nach § 223a Gefängnis bis zu 5 Jahren, statt bis zu 10 Jahren nach § 74 Abs. 3.

b) Folglich wird, wer die Waffe befugt führt, grundsätzlich strenger bestraft, als der unbefugte Waffenträger.

c) Die Frage der Tateinheit oder der Tatmehrheit, d. h. der angeblich größeren oder geringeren Strafwürdigkeit, hängt von dem Zufall ab, ob die Waffenführung gerade verboten ist oder nicht.

d) Wenn das Waffengesetz nach Begehung der Straftaten außer Kraft tritt, so ist bekanntlich (§ 2 StG) die Entscheidung auf Grund des für den Täter milderen Rechtszustandes zu fällen. Der Täter kann hier besser wegkommen, wenn er nach dem Gesetz zur Zeit der Tat abgeurteilt wird, obwohl er dann zusätzlich auch wegen unbefugter Waffenführung schuldig zu sprechen ist.

In diesem Falle bewirkt also das formallogische Kriterium die Zusammenfassung völlig selbständiger Handlungen zu einer ganz unnatürlichen Handlungseinheit und dadurch die gänzlich unberechtigte Anwendung des milderen Strafrahmens. Umgekehrt erscheinen die zahlreichen Entscheidungen ungerecht, in denen sich das Reichsgericht mit der Konkurrenz zwischen Hausfriedensbruch und den während des Hausfriedensbruchs begangenen Delikten beschäftigt. Ich nenne einige Beispiele:

RG 4, 187: Die Angeklagten waren in der Absicht, Streit und Tätlichkeiten hervorzurufen, in ein fremdes Haus eingedrungen und hatten die Bewohner niedergeschlagen.

RG 7, 60: Der Angeklagte war im Lokal eines Gastwirts erschienen und hatte mit mehreren Helfern dessen Mobiliar auf die Straße geworfen; als sich der Gastwirt widersetzte, faßte ihn der Angeklagte an der Brust und riß ihm ein Möbelstück mit Gewalt aus der Hand.

RG 32, 137: Der Angeklagte war in die Wohnung einer Ehefrau, die die Rückkehr ihres weggegangenen Ehemannes erwartete, eingedrungen, um diese durch Erregung des Irrtums, er sei ihr Ehemann, zum Beischlaf zu verleiten.

RG 54, 288: Die Angeklagten waren widerrechtlich in das Geschäftszimmer einer Zeche eingedrungen und hatten versucht, den Leiter der Zeche zur Zahlung der gekürzten Lohnbeträge zu nötigen.

In allen diesen Fällen nimmt das Reichsgericht Realkonkurrenz zwischen Hausfriedensbruch und den während des Hausfriedensbruchs begangenen Delikten an, seit RG 32, 137 mit der Begründung, daß das erwähnte formallogische Kriterium hier nicht zutreffe.

Vom Standpunkt der durch das Gesetz festgelegten verschiedenen Strafwürdigkeit von Tateinheit und Tatmehrheit erscheint jedoch die Anwendung des strengeren Strafrahmens nicht verständlich. Dasselbe gilt für die Entscheidung RG 10, 53: Der Angeklagte hatte, als er von einem Schutzmann festgenommen worden war, diesen und weitere Polizeibeamte mehrfach beschimpft und, nachdem ihm Handschellen angelegt waren, um sich geschlagen und sich widersetzt. Der Tatrichter hatte Idealkonkurrenz angenommen, weil alle diese Handlungen aus dem Entschlusse hervorgegangen seien, gegen die Verhaftung wörtlich und tätlich Renitenz zu leisten. Das Reichsgericht hob auf, weil mehrere selbständige Handlungen vorlägen. Diesen Fall hat offenbar Coenders[32] im Auge, wenn er bemerkt, daß hier die einheitliche psychische Grundlage (Affekt, Rauschzustand) eher im milderen Sinne Berücksichtigung verdiene, als zahlreiche Fälle der Idealkonkurrenz.

Aus diesen Beispielen ergibt sich m. E. eindeutig, daß das formallogische Kriterium des Reichsgerichts keinen geeigneten Maßstab für die Anwendung des milderen oder strengeren Strafrahmens abgeben kann. Das Reichsgericht wäre, nachdem der Gesetzgeber an den Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen verschiedene Strafrahmen geknüpft hatte, verpflichtet gewesen, auf ein Kriterium abzukommen, das dem Unterschied in der Strafwürdigkeit gerecht wurde; hierfür konnte sinngemäß nur die einmalige oder mehrmalige Auflehnung des Täters gegen die Rechtsordnung in Betracht kommen. *Entscheidend ist allein, ob der Täter einmal oder mehrmals den verbrecherischen Tendenzen erlegen ist*[33]. Auch die Volksanschauung dürfte unbewußt hierauf abstellen. Das Reichsgericht will offenbar ein lediglich subjektiv gerichtetes Kriterium überhaupt ablehnen: „Nicht der Handelnde, sondern das Recht bestimme, was als *eine* Rechtsverletzung zu betrachten sei, und daß der Handelnde eine Mehrheit von Rechtsverletzungen in seine Absicht aufnimmt und in *eine* Handlung zusammenfaßt, könne nicht bewirken, daß die *mehreren* Rechtsverletzungen nur als *eine* zu betrachten sei" (RG 4, 187); „nicht bloß von der subjektiven Willkür des Handelnden könne es abhängen, *mehrere*, wenn auch in einem gewissen Zusammenhang stehende, immerhin sukzessiv sich vollziehende Rechtsverletzungen in *eine* zusammenzufassen" (RG 7, 60). Das sind m. E. nur Scheingründe. Es fragt sich eben, ob nicht der Gesetzgeber bei der Festlegung der verschiedenen Strafrahmen irgendwie an einen subjektiven Sachverhalt anknüpfen wollte. Und m. E. kann darüber kein Zweifel bestehen, weil allein der geschilderte subjektive Sachverhalt den richtigen Maßstab für die größere oder geringere Strafwürdigkeit abgibt. Richtig ist nur, daß der einheitliche Entschluß

32) Coenders a.a.O., S. 23.
33) so Höpfner a.a.O., Seite 265 f.

nicht als maßgebendes Kriterium anerkannt werden kann. Denn wenn nach dem normalen Verlauf der Dinge vor der zweiten Rechtsverletzung eine neue Motivation zu erwarten war, so kann trotz einheitlichen Entschlusses nicht mehr davon die Rede sein, daß der Täter nur einmal den verbrecherischen Tendenzen erlegen sei.

Sicher darf nicht verkannt werden, daß dieses subjektive Kriterium als Maßstab für die Praxis wenig geeignet ist, weil es unter Umständen höchst schwierige Beweiserhebungen notwendig macht. Wohl aus diesem Grunde suchen Binding[34], Höpfner[35] und Baumgarten[36] nach einem objektiven Merkmal, das als sicheres Indiz für diesen subjektiven Sachverhalt gelten kann. Sie sehen dieses Merkmal in dem zeitlich nahen Zusammentreffen der beiden Rechtsverletzungen, weil hier ein in den Zwischenraum der Handlungen fallendes Sichbesinnen auf Recht und Sittlichkeit geradezu als eine Anomalie gelten müßte. Diese Erwägung ist durchaus zutreffend, und man könnte deshalb daran denken, dieses Kriterium des „zeitlich nahen Zusammentreffens" gesetzgeberisch zu verwerten und an ihm verschiedene Strafbemessungsregeln zu orientieren.

Trotz des Wertunterschiedes zwischen Tateinheit und Tatmehrheit, der, im richtigen Sinne verstanden, nicht geleugnet werden kann, muß jedoch ein gleicher Strafrahmen empfohlen werden. Der Gesetzgeber ist nämlich gar nicht in der Lage, durch differenzierte Konkurrenzstrafrahmen diesem Unterschied generellen Ausdruck zu verleihen; er muß zwangsläufig bei sehr vielen Delikten dem Richter die konkrete Wertung überlassen. Denn die Möglichkeit mehrerer Konkurrenzstrafrahmen, deren Unterschied sich auch im Einzelfall praktisch auswirkt, hängt weitgehend vom Strafrahmensystem überhaupt ab. Das ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Die Notwendigkeit einer gewissen Asperation auch bei Idealkonkurrenz wird heute allgemein anerkannt, weil andernfalls der überschießende Teil des strafbaren Tuns unter Umständen ungesühnt bleiben müßte[37]. Eine Änderung des geltenden Rechts in dieser Richtung hat aber schon ohne Weiteres eine erhebliche Angleichung verschiedener Strafbemessungsregeln zur Folge. Die Angleichung wird ferner um so größer sein, je einfacher das Strafrahmensystem als solches gestaltet wird. Das geltende Strafgesetzbuch kennt über 20 verschiedene Strafrahmen; wenn man jeweils die durch mildernde oder erschwerende Umstände modifizierten Strafrahmen einbezieht, sind es über 50. Der Entwurf von 1927 hat diese Zahl ganz wesentlich eingeschränkt. Je kleiner aber die Zahl der verschiedenen Straf-

34) Binding, Handbuch, S. 576.
35) Höpfner, a.a.O., S. 233.
36) Baumgarten, Festgabe für Frank, S. 196.
37) vergl. zuletzt H. Mayer, Konkurrenzfragen, S. 139.

rahmen ist, um so weiter muß der Strafrahmen beim einzelnen Delikt sein, um so öfter muß das absolute Maximum angedroht werden; insbesondere müßte die Zahl der mit Zuchthaushöchststrafe bedrohten Verbrechen erheblich größer werden. Nach dem mir vorliegenden Entwurf der amtlichen Strafrechtskommission (1. Lesung 1933/34) sollen nur noch sieben verschiedene Strafmaxima angedroht werden:

1. Todesstrafe
2. Lebenslanges Zuchthaus
3. Zuchthaus bis zu 15 Jahren
4. Gefängnis bis zu 10 Jahren
5. Gefängnis bis zu 2 Jahren
6. Festungshaft bis zu 10 Jahren
7. Haft bis zu 2 Jahren.

In einem solchen Strafrahmensystem mit seiner erheblichen Ausweitung des richterlichen Ermessens können sich verschiedene Strafbemessungsregeln praktisch kaum noch auswirken. Diese Regeln würden wohl, wenn man etwa das System des geltenden Rechts bei Realkonkurrenz und die Regelung des Entwurfs von 1927 bei Idealkonkurrenz für zweckmäßig hält, dahin zu lauten haben:

a) Bei Tatmehrheit ist für jede Tat eine Strafe festzusetzen. Aus diesen Einzelstrafen ist durch Erhöhung der schwersten verwirkten Einzelstrafe eine Gesamtstrafe zu bilden. Das Maß dieser Gesamtstrafe darf bei Haft nicht mehr als 5 Jahre, bei einer anderen Freiheitsstrafe nicht mehr als 15 Jahre betragen und die Summe der verwirkten Einzelstrafen nicht übersteigen.

b) Bei Tateinheit ist auf eine Strafe zu erkennen, die dem schwersten Gesetz zu entnehmen ist. Dessen Höchstmaß darf um die Hälfte überschritten werden. Jedoch darf die Dauer einer zeitigen Freiheitsstrafe die Summe der angedrohten Höchststrafen und die Dauer von 15 Jahren nicht übersteigen.

Wendet man diese hypothetischen Regeln auf das oben mitgeteilte Strafrahmensystem an, so zeigt sich folgendes Ergebnis bezüglich der Strafmaxima (die Minima spielen keine Rolle): Konkurrenz mit einem Verbrechen, für das im Höchstmaß Todesstrafe, lebenslanges oder 15jähriges Zuchthaus (Nr. 1—3) angedroht ist, bleibt stets ohne Einfluß auf das Maximum; es spielt also auch keine Rolle, welcher Art diese Konkurrenz ist. Bei Delikten, die im Höchstmaß mit 10 Jahren Gefängnis bedroht sind, wirken sich die hypothetischen Regeln bei der weitaus größten Zahl aller Kombinationsmöglichkeiten ebenfalls nicht aus. Nur in wenigen Fällen ergibt sich ein Unterschied von 1 Jahr Gefängnis; in einer Strafhöhe zwischen 10 und 15 Jahren kommt dieser Differenz aber keine entscheidende Bedeutung mehr zu. Dasselbe gilt für die Festungs-

haft (Nr. 6). Somit wirken sich die verschiedenen Strafbemessungsregeln in dem von der amtlichen Strafrechtskommission gewählten Strafrahmensystem praktisch nur bei der kleinen Kriminalität aus (Nr. 5. 7). Aber auch hier bringt die Ausweitung des richterlichen Ermessens in Verbindung mit der Einführung des Asperationsprinzips für Idealkonkurrenz eine erhebliche Annäherung der Strafmaxima. Zudem dürfte gerade bei der kleinen Kriminalität (Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren) das in § 66 Entw. 1927 vorgeschlagene Maß der Asperation für viele Fälle der Idealkonkurrenz nicht ausreichend sein. Wenn z. B. die üble Nachrede mit einer Höchststrafe von 2 Jahren Gefängnis bedroht wird und der Täter in einer Schrift die verschiedensten Personen aufs schwerste beleidigt (gleichartige Idealkonkurrenz), wobei jede Beleidigung das gesetzliche Höchstmaß an Strafe verdient, so kann m. E. die Gesamttat nicht immer durch 3 Jahre Gefängnis gesühnt werden. Auch dem von Lobe[38] zutreffend hervorgehobenen Gesichtspunkt muß durch eine Erweiterung der Asperation Rechnung getragen werden: Unter dem Begriff der Idealkonkurrenz verstecken sich sachlich sehr verschiedenartige Tatbestände. Die Tateinheit wird zwar häufig die Grenze der Gesetzeskonkurrenz fast erreichen, andererseits besteht jedoch die Möglichkeit, daß sich der Sachverhalt, auch wenn man das richtige subjektive Kriterium zugrunde legt, weitgehend den Fällen der Realkonkurrenz nähert. Schließlich ist Binding[39] darin Recht zu geben, daß gerade die Tateinheit nicht selten eine besonders große verbrecherische Verwegenheit verbunden mit raffiniertester Überlegung kundtut. Auch hier würde unter Umständen das in § 66 Entw. 1927 vorgesehene Maß der Asperation dem Richter kein genügendes Strafäquivalent zur Verfügung stellen. Wird aber dieses Maß erhöht, so würde, selbst wenn man nicht so weit geht wie die amtliche Strafrechtskommission, die nach dem oben zitierten Beschluß als Höchstgrenze nur die Summe der angedrohten Höchststrafen und das absolute Höchstmaß von 15 Jahren gelten lassen will, eine weitere Angleichung der verschiedenen Strafrahmen die Folge sein.

Nach allem kann nicht bezweifelt werden, daß die Behauptung, es müßten deshalb verschiedene Konkurrenzstrafrahmen aufgestellt werden, weil die einmalige Auflehnung gegen die Rechtsordnung stets milder zu beurteilen sei als der mehrfache Rechtsbruch, nicht absolut, sondern nur bedingt richtig ist. Die Berechtigung dieser Forderung hängt weitgehend von dem Strafrahmensystem ab, das der Gesetzgeber wählt. Diesem Gesichtspunkt ist m. E. in der Rechtslehre bisher zu wenig Rechnung getragen worden.

Damit erhebt sich die berechtigte Frage, ob es unter solchen Umständen überhaupt noch einen Sinn hat, verschiedene Strafbemessungsregeln aufzustellen, ob es nicht zweckmäßig ist, dem Richter

38) Lobe, in Ger S. 93, 126 ff.
39) Binding, Handbuch, S. 576.

die konkrete Bewertung des Unterschiedes zwischen beiden Konkurrenzformen in vollem Umfang zu überlassen, nachdem sie ihm für die schwere und mittlere Kriminalität durch die Wahl des Strafrahmensystems ohnehin übertragen ist. Für Strafbemessungsregeln, deren Unterschied sich praktisch kaum auswirken kann, besteht kein stichhaltiger Grund. Verschiedene Berechnungsmethoden mit annähernd gleichem Ergebnis dürften überflüssig sein.

Gegen die vollständige Übertragung dieser Aufgabe an den Richter können nach den vorstehenden Erörterungen wiederum nur für das Gebiet der kleinen Kriminalität Bedenken entstehen. Wenn die amtliche Strafrechtskommission als Höchstgrenze nur die Summe der angedrohten Höchststrafen und das absolute Höchstmaß von 15 Jahren festlegen will, so könnte eine üble Nachrede, für die das Gesetz an sich im Höchstmaß 2 Jahre Gefängnis androht, mit 15 Jahren Gefängnis bestraft werden, wenn gleichzeitig (gleichartige Idealkonkurrenz) 10 Personen beleidigt werden.

Dieses einzige Bedenken läßt sich aber beseitigen, wenn man für den einheitlichen Strafrahmen einen grundsätzlich anderen Ausgangspunkt wählt und auf das Prinzip der Asperation überhaupt verzichtet. Der Entwurf 1927 geht ebenso wie das geltende Recht, von der These aus, daß die Strafdrohung im einzelnen Tatbestand grundsätzlich auf die einmalige Gesetzesverletzung zugeschnitten ist und daß daher bei mehrfacher Gesetzesverletzung, gleichgültig welche Konkurrenzform vorliegt, eine Erhöhung (Erweiterung) des gesetzlichen Strafrahmens notwendig ist. Die Richtigkeit dieses Ausgangspunktes wird aber ebenfalls durch die Vereinfachung des Strafrahmensystems und die daraus folgende Erweiterung des richterlichen Ermessens erschüttert. Sieben im Maximum verschiedene Strafrahmen sollen in Zukunft nach den Beschlüssen der amtlichen Strafrechtskommission verwendet werden; durch Einführung verschiedener Minima würde ihre Zahl noch etwas erhöht. Damit werden alle verbrecherischen Handlungen in ebenso viele Wertungsgruppen eingeteilt, jeder Wertungsgruppe entspricht ein Strafrahmen. Ein Teil dieser den einzelnen Wertungsgruppen entsprechenden Strafrahmen ist nun auf die einmalige Gesetzesverletzung zugeschnitten, der größere Teil aber für die Summe aller Straftaten berechnet, die dieser und einer niedrigeren Wertungsgruppe unterfallen. Denn bei der schweren Kriminalität ist eine Asperation niemals möglich, wenn man daran festhält, daß eine zeitige Freiheitsstrafe 15 Jahre grundsätzlich nicht übersteigen soll. Wenn z. B. die passive Beamtenbestechung mit Zuchthausstrafe bis zu 15 Jahren bedroht wird, so ist es gleichgültig, ob der Beamte sich einmal oder in 10 verschiedenen Fällen bestechen läßt; der Strafrahmen bleibt der gleiche. Auch bei Delikten, die mit Gefängnisstrafe bis zu 10 Jahren bedroht sind, ist eine erhebliche Asperation nicht möglich. Ich halte es für zweckmäßig, diese Inkonsequenz zu

beseitigen und grundsätzlich davon auszugehen, daß jeder Strafrahmen für alle Straftaten desselben Täters berechnet ist, die seiner und einer niedrigeren Wertungsgruppe zugehören. Demgemäß hätte die Strafbemessungsregel für Konkurrenzfälle einfach dahin zu lauten:

§

„Auch wenn jemand mehrerer Gesetzesverletzungen für schuldig befunden wird, ist nur auf eine Strafe zu erkennen.

Diese Strafe bestimmt sich nach dem Gesetz, das die höchste Strafe oder, bei ungleichen Strafarten, die Strafe schwerster Art androht; doch darf auf keine niedrigere oder der Art nach leichtere Strafe erkannt werden, als nach den übrigen Strafgesetzen zulässig ist.

Die mehrfache Gesetzesverletzung ist dabei strafschärfend zu berücksichtigen."

Diese Regel hätte den Vorteil, daß das Strafmaximum bei der kleinen Kriminalität, z. B. bei übler Nachrede, für die das Gesetz Gefängnis bis zu zwei Jahren androht, infolge gleichartiger Idealkonkurrenz nicht auf 15 Jahre anwachsen kann. Allerdings erscheint, worauf schon hingewiesen wurde, ein Höchstmaß von 2 Jahren bei vielfacher Konkurrenz als zu gering; für diese Delikte der kleinen Kriminalität müßte etwa Gefängnis bis zu 4 Jahren angedroht werden. Hiervon abgesehen, unterliegt es m. E. keinem Bedenken, grundsätzlich zu sagen: solange kein Verbrechen begangen wird, das zur nächsthöheren Wertungsgruppe gehört, bleibt der Strafrahmen der gleiche. Insbesondere ist es unbedenklich, wenn bei der mittleren Kriminalität allgemein Gefängnisstrafe bis zu 10 Jahren angedroht werden soll, es hierbei bewenden zu lassen und zu sagen: solange kein zuchthauswürdiges Verbrechen begangen wird, darf eine Freiheitsstrafe nicht höher als 10 Jahre sein. Das ist um so unbedenklicher, je öfter das Gesetz in dieser Wertungsgruppe besonders schwere Fälle vorsieht und dafür Zuchthausstrafe androht.

Dieser Vorschlag enthält keineswegs die Anerkennung eines irgendwie gearteten Absorptionsprinzips. Denn er geht ja bewußt davon aus, daß jeder Strafrahmen auf die mehrfache Gesetzesverletzung zugeschnitten ist. Der Vorschlag ist auch nur möglich und richtig in einem Strafrahmensystem, das dem Ermessen des Richters einen sehr weiten Spielraum bei der Strafzumessung einräumen will. Wenn nach Mitteilung von H. Mayer[40] die Regelung des § 34 öst. StGB, der mit diesem Vorschlag übereinstimmt, stets als Mißstand empfunden wurde, so eben deshalb, weil diese Regelung in ein gänzlich anderes Strafrahmensystem gestellt ist.

---

40) H. Mayer a.a.O., Seite 139.

2. Einheitsstrafe oder Einzelstrafen mit Gesamtstrafenbildung?

Nachdem festgestellt ist, daß überwiegende Gründe für eine gleiche Strafbemessungsregel sprechen, geht der zuvor entwickelte Vorschlag bereits von der Zweckmäßigkeit und Richtigkeit des Prinzips der Einheitsstrafe aus. Insoweit bedarf der Vorschlag noch der Rechtfertigung. Es fragt sich nämlich, ob nicht das System der Einzelstrafen mit Gesamtstrafenbildung auch für die Idealkonkurrenz den Vorzug verdient.

Der Einheitsstrafe des Entwurfs stimmen zu: Höpfner, Honig, Baumgarten und Dohna[41].

Letzterer ist der Auffassung, daß die reale Verbrechenskonkurrenz sich sehr wohl mit dem Strafzumessungsprinzip für das einheitliche Delikt vertrage; der Satz "quot delicta tot poenae" habe in dieser Allgemeinheit in unserem Rechtsbewußtsein keine Stätte. Höpfner befürwortet die Einheitsstrafe aus Gründen größerer Einfachheit und Befreiung der Rechtsprechung von unnötigen dogmatischen Schwierigkeiten. Für Baumgarten sind im wesentlichen kriminalpolitische Gesichtspunkte maßgebend: „Von dem fortgesetzten Delikt muß die strafende Gesellschaft Schritt für Schritt dazu gelangen, in der Gesamtheit der von dem gleichen Täter begangenen Verbrechen eine Einheit zu sehen. Der eigentümlichen Mischung von Freiheit und Notwendigkeit, die die menschliche Tätigkeit auszeichnet, wird man kriminalistisch vielleicht dadurch am besten gerecht, daß man, ohne die Gedanken von Verantwortlichkeit und Schuld aufzugeben, doch nicht das zunächst für eine jede freie Handlung eröffnete Schuldkonto durchweg selbständig regelt, sondern schließlich das gesamte verbrecherische Verhalten des gleichen Täters bei der Bestrafung als eine Einheit würdigt. Darin liegt der tiefere Rechtfrtigungsgrund für die Regelung der deutschen Entwürfe." Damit stimmt auch die Ansicht von Grau[42] überein, daß nur die Einheitsstrafe eine umfassende Berücksichtigung der Gesamtpersönlichkeit gewährleiste.

In diesem Punkte setzt die Kritik von Lobe[43] und Beling[44] ein: Lobe meint, durch das Prinzip der Einheitsstrafe werde der Gedanke, daß nicht die Tat, sondern der Täter bestraft werde, auf die Spitze getrieben; es müsse aber durchaus daran festgehalten werden, daß der Täter wegen einer bestimmten Straftat bestraft werde und daß deshalb die Straffolge einer jeden Straftat genau zu bestimmen sei.

Noch deutlicher in dieser Hinsicht Beling: „Es ist kein Fehler, wenn die Entwürfe für die Tatenmehrheit Strafeinheit vorsehen;

41) Höpfner, a.a.O., Seite 272 ff.; Honig, in Ger S. 92, 114 ff.; Baumgarten, Festgabe für Frank, S. 254 f.; Dohna, in Aschrott—von Lißt, S. 408.
42) Grau, a.a.O., S. 152.
43) Lobe, in Ger S. 93, 125.
44) Beling, in Ger S. 93, 131 ff.

aber es ist ein Fehler, wenn sie ungegliederte Strafeinheit haben wollen. Es ist kein Fehler, wenn sie der Tatenmehrheit Eigenwert zuschreiben, aber es ist ein Fehler, wenn sie diesen Eigenwert nicht durch den Wert, der den Einzeltaten zukommt, unterbauen."

Aus diesen Gesichtspunkten befürworten zwar beide Autoren die gleiche Strafbemessungsregel, aber in der Weise, daß für beide Konkurrenzformen das System der Einsatzstrafen mit Gesamtstrafenbildung einzuführen sei, wenn auch mit einer etwas freieren Stellung des Richters gegenüber dem bisher geltenden Recht.

Es sei darauf hingewiesen, daß die Mehrzahl der neueren ausländischen Strafgesetze und Entwürfe diesem Vorschlag von Lobe und Beling im Grundsätzlichen folgen. So bestimmt der griechische Entwurf von 1924 in

Art. 70

„Gegen denjenigen, der durch eine oder mehrere Handlungen mehrere Straftaten begangen hat, ist nach der Bemessung im einzelnen auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, welche durch Erhöhung der schwersten der verwirkten Einzelstrafen zu bilden ist."

Im sowjetrussischen Strafgesetz von 1926 lautet

§ 49

„Wenn die Handlung des Angeklagten die Merkmale mehrerer Verbrechen aufweist, sowie wenn der Angeklagte mehrere Verbrechen begangen hat, über die noch kein Urteil ergangen ist, bestimmt das Gericht, nachdem es für jedes Verbrechen eine angemessene Maßnahme des sozialen Schutzes gesondert ausgeworfen hat, die endgültige Maßnahme des sozialen Schutzes gemäß dem Paragraphen, der das schwerste der begangenen Verbrechen und die schwersten Maßnahmen des sozialen Schutzes vorsieht."

Beide Bestimmungen haben also eine gleiche Strafbemessungsregel für beide Konkurrenzformen, das Prinzip der Einheitsstrafe ist jedoch abgelehnt. Dabei kommt der griechische Entwurf dem Vorschlag von Lobe und Beling am nächsten, indem er für die Bildung der Gesamtstrafe das Asperationsprinzip zur Anwendung bringt. Dagegen ist im sowjetrussischen Strafgesetzbuch für die „Festsetzung der endgültigen Maßnahme" ein bestimmtes Prinzip nicht mehr vorgeschrieben. Nach dem Wortlaut besteht auch die Möglichkeit, daß die Gesamtstrafe höher ist als die Summe der ausgeworfenen Einzelstrafen, sofern sie sich nur innerhalb des schwersten Strafrahmens hält.

Auch das italienische Strafgesetzbuch von 1930 schreibt in den Art. 72 bis 80 Festsetzung einer Einsatzstrafe für jede einzelne strafbare Handlung vor und gewinnt die Gesamtstrafe durch Ku-

mulation dieser Einsatzstrafen. Das gilt aber nicht nur für die Fälle der Realkonkurrenz, vielmehr bestimmt Art. 81 Abs. 1, daß nach Maßgabe der Art. 72—80 auch bestraft wird, wer durch eine Handlung oder Unterlassung verschiedene Gesetzesvorschriften verletzt oder mehrere Verletzungen der gleichen Gesetzesvorschrift begeht; selbst bei Idealkonkurrenz sind also die Einsatzstrafen einfach zu addieren. Unzweideutig geht das italienische Recht von der Auffassung aus, daß für die Bewertung des strafbaren Tuns allein wesentlich ist, wieviele Rechtsgüter verletzt sind, gleichgültig dagegen, ob diese Verletzungen durch eine oder mehrere Handlungen herbeigeführt sind[45].

Dagegen ist das System der Einheitsstrafe in Norwegen und Dänemark eingeführt; Österreich wurde schon erwähnt. Während aber § 62 des norwegischen Strafgesetzbuches von 1902 für beide Konkurrenzformen dasselbe Asperationsprinzip vorschreibt wie der deutsche Entwurf, ist im dänischen Recht (1866, § 62) die gleiche Strafbemessungsregel verworfen und Asperation nur bei Realkonkurrenz gestattet.

Gegen das System der Einsatzstrafen mit Gesamtstrafenbildung sprechen durchschlagende Gründe. Dieses System mutet dem Richter in den Fällen der Idealkonkurrenz eine ganz unnatürliche Beurteilung zu. Er wird hier gezwungen, aus einem konkreten, rechtserheblichen Tatsachenkomplex ganz abstrakt bestimmte Umstände oder Vorgänge wegzudenken und dann den nur noch in der Vorstellung bestehenden „Rest“ einer juristischen Bewertung zu unterwerfen. Und dieses Verfahren ist um so abstrakter und wirklichkeitsfremder, je mehr Tatsachen aus diesem Komplex zu beiden Rechtsverletzungen gehören, je konzentrischer — um das Bild von Lobe zu verwenden — die beiden Kreise sind. So wäre es besonders unnatürlich, in dem wiederholt zitierten Beispiel der Notzucht des Vaters mit der verheirateten Tochter für jede Rechtsverletzung der Notzucht, der Blutschande und des Ehebruchs je eine besondere Strafe auszuwerfen, weil hier fast der gesamte Vorgang zu allen Rechtsverletzungen gehört. Der Richter müßte hier sagen: Wenn das Mädchen nicht deine Tochter und nicht verheiratet gewesen wäre, hättest du fünf Jahre Zuchthaus bekommen; wenn deine Tochter den Beischlaf gestattet hätte und nicht verheiratet gewesen wäre, hätte ich zwei Jahre Zuchthaus verhängt, und wenn schließlich die Ehefrau nicht deine Tochter gewesen wäre und den Beischlaf gestattet hätte, wärst du mit zwei Monaten Gefängnis davon gekommen. Unter Berücksichtigung dieser Einzelstrafen erkenne ich auf sechs Jahre Zuchthaus. Das Beispiel ist zwar nicht alltäglich; aber die Absurdität dieses Verfahrens zeigt sich auch in weniger weit her-

45) vergl. die Stellungnahme der Materialien zu Art. 81, zitiert bei Mangini: „lungi dal consarcrare la regola dell' assorbimento, riafferma anche in queste instituto l'esigenza die applicare tante pene quante sono le violazione“.

geholten Fällen. Bekanntlich nimmt das Reichsgericht die Möglichkeit der Idealkonkurrenz zwischen Untreue und Unterschlagung[46] und zwischen Aufforderung zum Ungehorsam gegen Gesetze (§ 110) und Aufforderung zu strafbaren Handlungen (§ 111) an[47]. Man wende hier das Prinzip der Einzelstrafen an und das Verfahren wird ebenso unmöglich erscheinen. Paragraphenvergeltung kann nicht der Zweck des richterlichen Urteils sein. Regelmäßig anders wirkt sich das System der Gesamtstrafenbildung bei der Realkonkurrenz aus. Wird hier eine Rechtsverletzung weggedacht, so bleibt die andere in konkreter Wirklichkeit bestehen, weil eben kein für beide Rechtsverletzungen wesentliches Merkmal identisch ist. Aber auch in den Fällen der Realkonkurrenz wird der Richter nicht selten zu der geschilderten lebensfremden Beurteilung nur vorgestellter Sachverhalte gezwungen. Je näher die nach dem formallogischen Kriterium des Reichsgerichts selbständigen Handlungen zeitlich zusammentreffen, um so mehr macht sich dieser Mißstand bemerkbar. Vollends, wenn die Taten auf einem einheitlichen Entschluß beruhen, wenn insbesondere der Täter sein verbrecherisches Ziel nur auf dem Wege über mehrere Straftaten erreichen konnte, ist es einfach unmöglich, jede Rechtsverletzung einer selbständigen Beurteilung zu unterziehen, weil ihr eben kein wirklicher Vorgang zugrunde liegt. Gerade in solchen Fällen kann es dem Laien nicht einleuchten, wenn der Mensch gleichsam in mehrere Täter zerlegt wird[48]. Das Volk erwartet zwar, daß ein Urteil sich irgendwie über die einmalige oder mehrmalige Auflehnung des Täters gegen die staatliche Rechtsordnung ausspricht (s. u.), es erwartet aber keineswegs, daß für jede Auflehnung eine besondere Strafe verhängt wird. Das zeigt sich besonders deutlich bei einer mehrfachen Verurteilung zum Tode; kein Laie versteht den Sinn eines solchen Verfahrens. Das geltende Recht hat hier um technischer Vorteile willen eine naturgemäße und volkstümliche Betrachtung gering geachtet.

Im Ergebnis verdient also das Prinzip der Einheitsstrafe vor allen anderen den Vorzug.

3. Neutralität des Tenors gegenüber der Anzahl der selbständigen Straftaten?

Mit der Anerkennung einer gleichen Strafbemessungsregel und des Systems der Einheitsstrafe ist aber die Regelung des Entwurfs von 1927 noch nicht in vollem Umfang gebilligt. Bei Erörterung des § 65 wurde darauf hingewiesen, daß der Richter in Zukunft nicht mehr verpflichtet sei, die Konkurrenzfrage ausdrücklich zu entscheiden, daß es ausreiche, mehrere Rechtsverletzungen festzustellen.

46) vergl. RG 32, 30.
47) vergl. RG 58, 362.
48) vergl. Grau a.a.O., S. 152.

Folglich hätte sich auch der Tenor des Urteils hiermit zu begnügen. Eine solche Neutralität und Farblosigkeit des Urteilstenors kann aber nicht als zweckentsprechend anerkannt werden. Dieser neutrale Richterspruch würde eine seiner wesentlichsten Funktionen verkennen, nämlich Grundlage und Maßstab zu sein für die Beurteilung, die dem Täter seitens der Volksgemeinschaft zuteil werden soll. Und es kann m. E. einfach nicht bestritten werden, daß die soziale Wertung des Täters entscheidend davon beeinflußt wird, wie oft sich der Täter gegen die staatliche Rechtsordnung aufgelehnt hat. Das Volk erwartet hier einen sinnfälligen Ausspruch im entscheidenden Teil des Urteils, und deshalb darf die Antwort auf diese Frage kein Geheimnis in der Brust des Richters bleiben, sie darf auch kein stilles Dasein in den Urteilsgründen fristen. Es ist z. B. schlechterdings unmöglich, im Tenor unentschieden zu lassen, ob der Täter sich der Untreue und Unterschlagung in Tateinheit schuldig gemacht hat, weil auf seine Handlung die Merkmale beider Bestimmungen zutreffen, oder ob er durch zwei völlig selbständige Handlungen einmal das Vermögen des A. durch Unterschlagung und dann das Vermögen des B. durch Untreue geschädigt hat. Eine solche Unentschiedenheit ist um so unerträglicher, je mehr sich der Sachverhalt dem Gebiet der Gesetzeskonkurrenz nähert. Mit Recht bemerkt H. Mayer[49], daß ein volkstümlich formulierter Schuldspruch hier Farbe bekennen muß. Es geht nicht an, daß der Gesetzgeber das ganze Konkurrenzproblem nur rein formalistisch und technisch unter dem Gesichtspunkt der Prozeßökonomie sieht und dabei das Ziel einer volkstümlichen Urteilsfassung völlig aus dem Auge verliert. In der Tat ist es bezeichnend, daß die amtliche Strafrechtskommission die Unterscheidung zwischen beiden Konkurrenzformen wenigstens für das Strafregister in Erwägung zieht[50]. Das Strafregister hat eben die Funktion, die Schuld des Täters nach außen zutreffend kundzutun. Aber diese Funktion kommt nicht nur dem Strafregister, sondern in erster Linie dem Urteilstenor zu. Es ist deshalb nicht recht verständlich, warum die amtliche Strafrechtskommission ihre Erwägung nur auf das Teilgebiet des Strafregisters bezieht. Schon der Urteilstenor muß eine klare Antwort geben.

Die gesetzliche Regelung hierfür wäre etwa folgendermaßen zu gestalten:

Zunächst müßte § 267 StPO (F.d.E.) über den Inhalt der Urteilsformel dahin ergänzt werden, daß der Richter auch die Zahl der selbständigen Straftaten anzugeben hat. Dabei wäre aber Vorsorge zu treffen, daß diese Entscheidung nach wirklich sachgemäßen Gesichtspunkten getroffen wird. Das bisherige formallogische Kriterium des Reichsgerichts ist unter allen Umständen unbrauchbar,

49) H. Mayer a.a.O., S. 141.
50) vergl. H. Mayer a.a.O., S. 141.

weil es keine zutreffende Beurteilung des Täters durch das Volk gewährleistet. Deshalb wäre eine gesetzliche Definition des wirklich sachgemäßen Kriteriums in der StPO unumgänglich. Hält man die Unterscheidung danach, ob der Täter einmal oder mehrmals den verbrecherischen Tendenzen erlegen ist, für praktisch wenig geeignet, so könnte auf das zeitlich nahe Zusammentreffen der Rechtsverletzungen als dem sichersten Indiz für diesen subjektiven Sachverhalt abgestellt werden. Ob man dann das Merkmal „gleichzeitig" wörtlich für den Tenor verwenden will oder ob man wie bisher von Tateinheit und Tatmehrheit sprechen und den Unterschied zwischen beiden nur an diesem Merkmal orientieren will, ist Geschmacksfrage. M. E. ist die letztere Methode, weil plastischer, vorzuziehen.

Selbstverständlich muß, um das vom Entwurf erstrebte Ziel nicht zu gefährden, ausdrücklich bestimmt werden, daß die Revision auf die Verkennung des Unterschieds in diesem Sinne nicht gestützt werden kann. Der Vorschlag ist auch nicht gedacht als Belastung des Richters mit spitzfindigen dogmatischen Erörterungen, sein Urteil soll vielmehr in diesem Punkt von einer natürlichen, mehr gefühlsmäßigen Betrachtung ausgehen, die dem Wertunterschied sicher am besten gerecht wird.

III. Die Gleichstellung im Strafprozeßrecht.

Nachdem der Entwurf von 1927 eine gleiche Strafbemessungsregel für beide Konkurrenzformen in Vorschlag gebracht hatte, lag es nahe, die Gleichstellung auch auf das Strafprozeßrecht auszudehnen. Diesen Versuch unternimmt der Entwurf eines Einführungsgesetzes von 1930, in dessen Begründung (S. 85) ausgeführt ist:

> „Der Gleichstellung der Ideal- und Realkonkurrenz im materiellen Recht **muß** eine Gleichstellung beider Konkurrenzformen im Prozeßrecht entsprechen. Der Entwurf ändert daher die Vorschriften der Strafprozeßordnung, in denen das Zusammenfallen mehrerer Rechtsverletzungen behandelt wird, so ab, daß die gleichen Vorschriften für beide Konkurrenzformen anwendbar sind. Unter diesem Gesichtspunkt ist vor allem eine Änderung der §§ 265 und 266 StPO geboten."

A. Die Abhängigkeit der Gleichstellung vom Begriff der Tatidentität.

Die amtliche Begründung läßt in ihren weiteren Ausführungen jedes Wort darüber vermissen, **warum** die Einführung einer gleichen Strafbemessungsregel die Gleichstellung beider Konkurrenzformen auch im Prozeßrecht **notwendig** macht. Daß diese Auffassung unrichtig ist, wird sich zeigen, wenn die Bedingungen klargestellt sind, unter denen sich die Absicht des Entwurfs eines Einführungsgesetzes durchführen läßt. Jedenfalls aber ist der Begründung darin beizupflichten, daß die prozeßrechtliche Gleichstellung in

erster Linie von einer Neugestaltung der §§ 264 ff. StPO abhängt. Speziell handelt es sich um das im Rahmen dieser Bestimmungen auftauchende Problem der „Identität der Tat im prozessualen Sinne." Die folgenden Ausführungen sollen zeigen, daß das Ziel einer prozeßrechtlichen Gleichstellung nur erreicht werden kann, wenn die Voraussetzungen des Identitätsurteils grundlegend geändert werden, was gleichbedeutend ist mit einer neuen Auffassung von der „Tat im prozessualen Sinne".

Hierzu bedarf es zunächst einer kurzen Darstellung des geltenden Rechtszustandes.

§ 264 StPO bezeichnet als Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnisse der Hauptverhandlung darstellt; dabei ist das Gericht an diejenige Beurteilung dieser Tat, welche dem Eröffnungsbeschluß zugrunde liegt, nicht gebunden. Eine vom Eröffnungsbeschluß abweichende Bewertung ist also gestattet; andererseits verbietet § 266 die Aburteilung einer anderen Tat, deren der Angeklagte im Laufe der Hauptverhandlung beschuldigt wird, wenn nicht die Staatsanwaltschaft diese Aburteilung beantragt und der Angeklagte ihr zustimmt. Damit ist im Verhältnis der §§ 264 und 266 untereinander das Problem der Identität gestellt.

Diesen Bestimmungen kommt aber sachlich eine viel größere Bedeutung zu, als sich ihrem Wortlaut unmittelbar entnehmen läßt. Die geltende StPO enthält nämlich keine ausdrücklichen Vorschriften über die Wirkung der Rechtshängigkeit und den Umfang der Rechtskraft eines Urteils, deren Kehrseite der Grundsatz "ne bis in idem" ist. Auch bei diesen beiden Fragen taucht das Problem der Identität auf. Das Reichsgericht wendet deshalb mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften hier dieselben Rechtsgrundsätze an, obwohl rein logisch betrachtet der Begriff der Identität hinsichtlich des Gegenstandes der Urteilsfindung und der Rechtskraftwirkung nicht notwendig derselbe zu sein braucht. Es wäre sogar die Neigung des Gesetzgebers verständlich, die Möglichkeit der Klageerweiterung aus prozeßökonomischen Gründen auszudehnen, dagegen die Wirkungen der Rechtskraft einzuschränken, um die Bestrafung eines Verbrechens nicht an der Rechtskraft scheitern zu lassen. Diese Absicht könnte aber nur durch ein Prozeßsystem verwirklicht werden, in dem der Identitätsbegriff für beide Fälle verschieden ist. Hierauf wird noch zurückzukommen sein.

Wann liegt nun Identität der Tat im prozessualen Sinne vor? Es kann nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, diese Frage auf Grund des geltenden Rechts dogmatisch zu erörtern. Für das erstrebte Ziel einer Gleichstellung beider Konkurrenzformen ist nur von Bedeutung, wie das Reichsgericht die Identität begrifflich bestimmt. Es sei daher gestattet, die Ergebnisse von Schwinge, der die umfangreiche Rechtsprechung neuerdings einer eingehenden Unter-

suchung und Systematisierung unterzogen hat, hier anzuführen[51]. Schwinge hat festgestellt, daß sich diese Rechtsprechung — von wenigen Ausnahmen abgesehen — dem sachlichen Inhalt nach in zwei Sätze zusammenfassen läßt; Identität der Tat liegt vor:

a) wenn der Handlungsabschnitt, der der tatbestandsmäßigen Ausführungstätigkeit desjenigen gesetzlichen Tatbestandes entspricht, auf den sich der Eröffnungsbeschluß oder das Urteil bezieht, wenigstens zu einem Teile in dem neu zur Bearbeitung stehenden natürlichen Vorgang wiederfindet;

b) wenn die miteinander verglichenen äußerlich verschiedenen Handlungen bezüglich ihres materiellen Unrechtsgehalts identisch sind, sich also entweder gegen das gleiche Schutz- und Handlungsobjekt richten oder aber als fortgesetzte Handlung oder Sammelstraftat ein Wertganzes bilden.

Der Satz unter lit. a) entspricht genau dem vom Reichsgericht in der oben erwähnten Entscheidung RG 32, 137 für das materielle Recht entwickelten Grundsatz: Tateinheit im Sinne des § 73 StGB liegt vor, wenn die Ausführungshandlung für mehrere Delikte ganz oder teilweise identisch ist. Daß wie Schwinge hervorhebt, Teilidentität genügt, folgt aus § 264 Abs. 2 und § 265 Abs. 1 StPO, wonach das Gericht, gleichgültig, ob die verwendeten Tatsachen schon in der Anklage enthalten waren oder erst in der Hauptverhandlung hervorgetreten sind, zu einem neuen rechtlichen Gesichtspunkt übergehen darf; denn ein solcher Übergang hat notwendig wegen der Verschiedenheit der Tatbestände eine Verschiebung des rechtlich relevanten Tatsachenkomplexes zur Folge. Da diese Verschiebung zugelassen ist, muß auch die Teilidentität genügen.

Darüber, daß in der ersten Gruppe alle Fälle der Idealkonkurrenz enthalten sind, darf auch die eigene Formulierung des Reichsgerichts nicht hinwegtäuschen, wonach Identität der Tat vorliegen soll, wenn „dasselbe historische Vorkommnis" zur Beurteilung steht[52]. Denn die Formeln von Schwinge sind nur eine dogmatische Erfassung der Fälle, in denen das Reichsgericht die Identität des historischen Vorkommnisses bejaht. Wenn insbesondere das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, der verfahrensrechtliche Begriff der „Tat" habe mit dem materiell-rechtlichen Begriff der „Handlung" im Sinne der §§ 73, 74 StGB nichts gemein, so darf dieser Ausspruch nicht dahin verstanden werden, als ob Handlungseinheit im Sinne des materiellen Rechts strafprozessuale Tatmehrheit sein könne. Der Ausspruch bedeutet nur, daß auch zwei realkonkurrierende Delikte eine Tat im Sinne des Prozeßrechts bilden können. Zwei ideell konkurrierende Delikte sind auch

---

51) Schwinge, in ZStW 52, 203 ff.
52) vergl. die Entscheidungen bei Löwe-Rosenberg § 264,2.

nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung stets nur eine Tat im Sinne des § 264 StPO[53].

Daß auch zwei realkonkurrierende Delikte eine Tat im Sinne des Prozeßrechts bilden könnten, wird übrigens von Binding und Keetsin Liu verneint[54]. Bei Schwinge gehören diese Fälle in die zweite Gruppe. Es handelt sich dabei regelmäßig um die strafbare Verletzung fremden Vermögens: Eine Sache ist gestohlen worden, sie wird bei X gefunden. Er wird wegen Diebstahls angeklagt aber mangels Beweises freigesprochen. Nachher stellt sich heraus, daß er Hehler der Sache ist. Das Reichsgericht läßt hier gegenüber erneuter Anklage die Einrede der Rechtskraft durchgreifen, weil es sich um dieselbe Tat handelt.

Von diesen Ausnahmefällen abgesehen, bilden zwei realkonkurrierende Delikte niemals eine Tat im prozessualen Sinne, so daß nach geltendem Verfahrensrecht ein grundlegender Unterschied zwischn beiden Konkurrenzformen besteht. Wenn der Eröffnungsbeschluß dem Angeklagten einen Diebstahl zur Last legt und sich in der Hauptverhandlung außerdem eine Unterschlagung des Angeklagten herausstellt, so darf das Gericht diese Unterschlagung vorbehaltlich der Zustimmung des Angeklagten nicht aburteilen. Dagegen ist das Gericht ohne weiteres befugt, das Urteil auf eine ideell konkurrierende Urkundenfälschung auszudehnen, die im Eröffnungsbeschluß unerwähnt geblieben ist, weil zunächst noch nicht bekannt war, daß der Angeklagte den Betrug mit Hilfe einer gefälschten Urkunde begangen hat. Die Abweichung vom Eröffnungsbeschluß ist hier gemäß § 264 StPO zulässig, weil durch die hinzutretende Urkundenfälschung die Identität der Tat nicht beseitigt wird. Dagegen können de lege ferenda keine Bedenken erhoben werden. Da aber der Identitätsbegriff hier derselbe ist wie für den Grundsatz "ne bis in idem", so umfaßt auch die Rechtskraft des Urteils alle diejenigen Tätigkeitsakte, auf die das Gericht das Urteil nach § 264 StPO hätte erstrecken können[55]. In der Rechtsprechung wird dieser Satz noch dahin erläutert, daß eine neue Strafverfolgung zulässig ist, wenn der Befugnis des Gerichts zur Klagänderung ein rechtliches Hindernis entgegenstand, nicht aber, wenn es sich um ein Hindernis nur tatsächlicher Art handelte, weil dem Gericht z. B. gewisse Tätigkeitsakte nicht bekannt waren[56]. Die mangelnde Kenntnis schließt also die Anwendung des Grundsatzes "ne bis in idem" nicht aus. Er gilt selbst dann, wenn ein Offizialdelikt ideell mit einem Antragsdelikt konkurriert und das Gericht

---

53) vergl. Löwe-Rosenberg § 264,2 und vor § 151, 24; A. A. Kadecka, in Jur. Bl. 1932, S. 50.
54) Binding, Abhandlungen, S. 329; Keetsin Liu, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 221, S. 85 ff.
55) RG 49, 274; 51, 242; 56, 325.
56) RG 29, 156; 32, 57.

über das Antragsdelikt nur deshalb nicht entscheiden konnte, weil kein Antrag vorlag; denn die Rechtsprechung sieht in dem Fehlen des Antrags nur ein tatsächliches Hindernis[57]. Eine einzige Ausnahme gestattet das Reichsgericht: Erneute Strafverfolgung soll zulässig sein, wenn nur ein rechtskräftiger amtsrichterlicher Strafbefehl vorliegt und später neue Umstände bekannt werden, die dieselbe Tat noch unter einem anderen ideell konkurrierenden. Gesichtspunkt als strafbar erscheinen lassen, denn der Richter sei gesetzlich nicht in der Lage, die Tat in dem summarischen Strafbefehlsverfahren nach allen Richtungen hin zu prüfen[58]. Es kann hier unerörtert bleiben, ob diese Rechtsprechung in Einklang steht mit § 410 StPO, wonach der Strafbefehl die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils erlangt, wenn nicht rechtzeitig Einspruch erhoben wird[59]. Jedenfalls werden auf diese Weise die krassesten Unbilligkeiten hinsichtlich der Rechtskraftwirkung vermieden. Da nämlich auch die nachträgliche Geltendmachung eines ideell konkurrierenden strafrechtlichen Gesichtspunktes ausgeschlossen ist, wenn sich erst nach Rechtskraft des Urteils Tatumstände herausstellen, die zusammen mit den alten eine weitere Deliktsverwirklichung bilden, so muß die Rechtsprechung zu untragbaren Ergebnissen führen; ich nenne einige Beispiele: Jemand begeht einen Mord, wird aber, weil dieser zunächst nicht entdeckt wird, nur wegen verbotenen Schießens in gefährlicher Umgebung rechtskräftig durch U r t e i l bestraft. Der Mann ist für alle Zeiten davor sicher, unter Mordanklage gestellt zu werden; der Mord ist durch 5 RM Geldstrafe „gesühnt". Oder: Jemand wirft ein neugeborenes Kind in die Spree; er erhält wegen Übertretung einer Polizeiverordnung einen amtsrichterlichen Strafbefehl. Dann hat er nichts Eiligeres zu tun, als sofort Einspruch einzulegen, um ein rechtskräftiges Urteil herbeizuführen, und der Staat ist geprellt. Schon jetzt kann gesagt werden, daß solche Möglichkeiten im künftigen Verfahrensrecht unter allen Umständen vermieden werden müssen.

Wie schon erwähnt, liegt der Neugestaltung des Verfahrensrechts im Entwurf eines Einführungsgesetzes, insbesondere der Neufassung der §§ 264 ff. StPO, die Absicht zugrunde, jeglichen Unterschied zwischen den beiden echten Konkurrenzformen auch in prozessualer Hinsicht zu beseitigen. Unter diesem Gesichtspunkt bestanden zwei Möglichkeiten für die Neugestaltung: entweder muß die Idealkonkurrenz in Zukunft so behandelt werden, wie bisher die Realkonkurrenz, oder es müssen umgekehrt die Rechtssätze, die bisher nur für die Idealkonkurrenz galten, auch auf die Realkonkurrenz angewendet werden. Die amtliche Begründung besagt ausdrücklich nichts darüber, für welche der beiden Möglichkeiten man sich bei der

57) RG 3, 385.
58) vergl. die zahlreichen Entscheidungen bei Löwe-Rosenberg § 410.
59) vergl. Bennecke-Beling, Strafprozeßrecht, S. 423 ff.; Dohna, Strafprozeßrecht, S. 230.

Änderung der §§ 264 ff. StPO entscheiden wollte. Weitere Möglichkeiten für eine Gleichbehandlung gibt es im übrigen nicht. Daß die zuvor erwähnten unbilligen Ergebnisse hinsichtlich der Rechtskraftwirkung auch in anderer Weise als durch prozessuale Gleichbehandlung beider Konkurrenzformen beseitigt werden können, läßt sich nicht leugnen und wird später erörtert werden. Die folgenden Untersuchungen schließen sich zunächst der Absicht des Entwurfs an und deshalb interessiert vorerst nur die Frage, ob die erstrebte Gleichbehandlung überhaupt durchführbar ist. In der Rechtslehre wird dies vielfach verneint, weil Gründe der Logik der Absicht des Entwurfs entgegenstünden[60].

Dohna meint, der Gesetzgeber sei zwar mächtig aber nicht allmächtig; so könne er zwar dekretieren, daß ideell und real konkurrierende Delikte gleichbehandelt werden, nicht aber vermöge er aus zwei Handlungen eine zu machen (und umgekehrt). Ehrhardt macht geltend, daß Gegenstand der Betrachtung im Strafprozeß ein verbotener Vorgang in der Außenwelt sei, und damit dieser Gegenstand ein fest bestimmter sei, müsse zwangsläufig zwischen beiden Konkurrenzformen unterschieden werden; andernfalls werde die Zahl der dem Richter zur Aburteilung vorgestellten Handlungen eine willkürliche.

M. E. verkennt Dohna den entscheidenden Gesichtspunkt und Ehrhardt unterstellt fälschlich, daß im geltenden Recht Gegenstand der Aburteilung stets eine natürliche Handlungseinheit sei. Das Urteil, daß Identität der Tat vorliege, läßt sich nämlich nicht auf Grund einer reinen Tatsachenbetrachtung fällen, sondern nur dadurch, daß diese Tatsachen in Verbindung zu gewissen Rechtsnormen gebracht werden. Wegen der Grundsätzlichkeit der Frage seien hier die Ausführungen bei Sauer[61] wörtlich angeführt:

> „Faßt man nur die Tatsachen ins Auge, so erklärt sich nicht die Teilnahme gewisser neuer Tatsachen an dem Schicksal der alten, z. B. die Ausdehnung der Rechtskraft auf die ersteren. Es kommt für das Identitätsproblem eben nicht auf die natürliche Gleichheit der Tatsachen, sondern auf ihre rechtliche Gleichwertigkeit an. So mögen unbedeutende Änderungen und Berichtigungen tatsächlicher Art (z. B. Ort und Zeit der Tat) die Streitsache immer noch als dieselbe erscheinen lassen; „unbedeutend“ sind sie eben für die rechtliche Beurteilung.“

Auf diesen unbestreitbar richtigen Gesichtspunkt, daß eine Feststellung der „Identität der Tat“ ohne Zuhilfenahme normativer Faktoren nicht möglich ist, hat die Rechtslehre immer wieder hingewiesen[62]. Das folgt schon aus der einfachen Tatsache, daß es sich

60) Dohna, in MonKrimPsych 22, 409; Ehrhardt a.a.O., S. 69 ff.; wohl auch von Weber, in Ger S. 100, 228 ff.
61) Sauer, Grundlagen des Prozeßrechts, S. 195.
62) Bennecke—Beling a.a.O., S. 212; Keetsin Liu a.a.O., S. 22, 39, 58; von Kries, Strafprozeßrecht, S. 567 ff.

bei der Identität im Sinne der §§ 264 ff StPO nicht um eine völlige Identität in logischem Sinne handelt, daß vielmehr Teilidentität genügt. Wenn nämlich zu einem Tatsachenkomplex noch eine andere Tatsache hinzukommt, so kann selbstverständlich von Identität im logischen Sinne keine Rede mehr sein; es handelt sich hier notwendig um einen teleologischen Begriff. Der mit diesem Begriff verfolgte Zweck sagt mir, wann ich eine logische Teilidentität als juristische Identität ansehen soll. Der Zweck aber ist notwendig an Normen orientiert. Und deshalb ist die „Identität im natürlichen Sinn" ein ebensolches „Märchen", wie die „natürliche Handlungseinheit" im materiellen Recht[63]. Ein Urteil, das die strafprozessuale Teilidentität bejaht, beruht eben niemals auf einer natürlichen Betrachtungsweise, sondern ist notwendig an Normen gebunden. Juristisch werden die neu auftauchenden Umstände also so unbedeutend bewertet, daß sie die Identität der Tat nicht gefährden.

Welches sind nun die Normen, an denen sich dieses Werturteil orientiert? Die Antwort auf diese Frage wird einfacher sein, wenn man sich vergegenwärtigt, daß ein Urteil, welches Identität trotz neu hinzutretender Umstände bejaht, sachlich gleichbedeutend ist mit dem Urteil, daß der alte Tatsachenkomplex zusammen mit der neuen Tatsache eine Handlung im Sinne des materiellen Rechts bildet. Eine solche Norm kann also zunächst einmal der gesetzliche Tatbestand sein, der z. B. beim fortgesetzten Delikt oder beim Kollektivdelikt mehrere natürliche Handlungen zu einer juristischen Handlungseinheit zusammenfaßt[64]. Eine solche Norm ist ferner bei real konkurrierenden Delikten, — vgl. die zweite Gruppe bei Schwinge — der gleiche materielle Unrechtsgehalt. Eine solche Norm ist aber vor allem § 73 StGB oder richtiger die vom Reichsgericht in RG 32, 137 entwickelte Formel. Dabei ist gleichgültig, ob es sich um eine natürliche oder um eine juristische Handlungseinheit handelt, und ob diese Handlung mehrere oder nur einen Erfolg herbeiführt, der mehrfacher Bewertung unterliegt. § 73 ist also gleichsam eine Klammer, die alle diese Tatsachen zu einer Einheit zusammenschließt. Jede später auftauchende Tatsache aus diesem Komplex vermag an der Identität nicht zu rütteln.

Nach allem kann es m. E. nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß der Gesetzgeber völlig freie Hand darin hat — nicht gebunden an irgendwelche außerjuristischen logischen Notwendigkeiten —, welche neu auftauchenden Umstände er so bewerten will, daß sie die Identität der Tat beseitigen. Diese Frage ist keine solche der Logik, sondern des gesetzgeberischen Willens. Der Gesetzgeber könnte deshalb durchaus eine andere Bewertung durchführen als sie bisher galt. Insbesondere steht es ihm frei, die

63) Vergl. Mezger, Strafrecht S. 458; Honig, Studien, S. 11—21.
64) vergl. Mezger, Strafrecht, S. 461.

durch § 73 StGB hergestellte juristische Identität zu beseitigen und zu sagen: „Ich will neu auftauchende Umstände dann nicht als „unbedeutend" ansehen, wenn sie zusammen mit den alten eine weitere ideell konkurrierende Rechtsverletzung konstituieren; es müßte mit anderen Worten der Norm des § 73 StGB die Fähigkit genommen werden, wie bisher das selbständige rechtliche Schicksal der einzelnen ideell konkurrierenden Tatbestandsverwirklichung im Strafprozeß zu verhindern. Das würde bedeuten, daß die Idealkonkurrenz so behandelt wird, wie schon bisher im Regelfall die Realkonkurrenz. Der umgekehrte Weg ist praktisch nicht gangbar. Man kann nicht alle neu auftauchenden Umstände auch dann als unbedeutend für die Tatidentität bewerten, wenn sie ein weiteres realkonkurrierendes Delikt konstituieren. Denn dadurch würde der Identitätsbegriff zu einer Absurdität; das ganze liefe auf eine Täteridentität hinaus.

B. Die Gleichstellung im Entwurf eines Einführungsgesetzes durch Änderung des Identitätsbegriffes.

Der Entwurf eines Einführungsgesetzes hat sich m. E. konsequent für die erwähnte Möglichkeit entschieden. Das läßt sich ohne inneren Widerspruch der vorgeschlagenen Neuregelung entnehmen, wenn auch einige Unklarheiten in der Fassung zu beanstanden sind. Zu Unrecht sind insbesondere die im Entwurf neu formulierten §§ 264 ff. StPO auf fast allgemeine Ablehnung gestoßen[65].

Nach dem Entwurf eines Einführungsgesetzes Artikel 70 Ziffer 145 soll die Neufassung lauten:

§ 264.

Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt.

Das Gericht ist an die Beurteilung der Tat, die der Anklageschrift zugrunde liegt, nicht gebunden. Dem Angeklagten muß jedoch, wenn das Gericht anstatt des in der Anklageschrift angezogenen Gesetzes ein anderes Strafgesetz zur Anwendung bringen will, unter Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts Gelegenheit zur Verteidigung gegeben werden. In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn erst in der Verhandlung solche vom Strafgesetz besonders vorgesehenen Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, oder die Voraussetzungen für die Anordnung einer der im § 55 Nr. 1—4 des Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs aufgeführten Maßregeln der Besserung und Sicherung sich ergeben.

---

65) vergl. Beling, in DJZ 1929, 1167 ff.; von Weber, in Ger S. 100, 228 ff.

§ 265.

Wird der Angeklagte im Laufe der Verhandlung noch einer anderen Rechtsverletzung als derjenigen beschuldigt, wegen der die Anklage gegen ihn erhoben worden ist, so ist ihm, sofern nicht das Gericht seine Unzuständigkeit nach § 270 Abs. 1 ausspricht, unter Hinweis auf die gesetzlichen Merkmale und das anzuwendende Strafgesetz Gelegenheit zur Verteidigung zu geben.

§ 266.

Erklärt der Angeklagte in den Fällen des § 264 Abs. 2 oder des § 265, auf die Verteidigung gegen neu hervorgetretene Umstände, welche die Anwendung eines schwereren als des in der Anklageschrift angeführten Strafgesetzes gegen ihn zulassen oder zu den im § 264 Abs. 2 Satz 3 bezeichneten Umständen gehören, oder auf die Verteidigung gegen die neu vorgebrachte Beschuldigung nicht genügend vorbereitet zu sein, so ist auf seinen Antrag die Hauptverhandlung zu unterbrechen oder auszusetzen.

Auch sonst hat das Gericht auf Antrag oder von Amts wegen die Hauptverhandlung zu unterbrechen oder auszusetzen, falls dies infolge der veränderten Sachlage zur genügenden Vorbereitung der Anklage oder der Verteidigung angemessen erscheint.

Für die Verhandlungen vor dem Amtsgericht und dem Landgericht, die Übertretungen betreffen oder auf erhobene Privatklage stattfinden, gilt die Vorschrift des Abs. 1 nicht.

Nach B e l i n g[66] erweckt diese Fassung den Anschein, als ob sich der Entwurf dafür entschieden habe, die Realkonkurrenz der Idealkonkurrenz anzugleichen. Danach würde jede auf eine Tat bezogene Klage mit Vollwirkung für alle Taten desselben Beschuldigten ausgestattet; sein ganzes kriminelles Leben würde gleichsam Gegenstand der Aburteilung. Auf diese Weise wäre die Einheitsstrafe für jeden Prozeß gewährleistet und beide Konkurrenzformen gleichgestellt. Das Ergebnis wäre aber, wie B e l i n g mit Recht hervorhebt, unerträglich; die Rechtskraft des Urteils müßte sich auf alle kriminellen Taten des Angeklagten erstrecken, selbst auf einen r e a l konkurrierenden Mord. Eine solche Auswirkung wäre nur tragbar, wenn entweder für den Umfang der Rechtskraftwirkung besondere Vorschriften gegeben würden oder in weitgehendem Umfange die Möglichkeit einer Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten zugelassen würde. Da der Entwurf jedoch in beiden Beziehungen am geltenden Recht festhält, muß der Neuregelung notwendig eine andere Auslegung gegeben werden.

66) Beling a.a.O.

Der Zusammenhang der §§ 264 bis 266 StPO (F.d.E.) läßt in der Tat eine Auslegung dahin zu, daß im zukünftigen Strafprozeß ein neu auftauchender Umstand, der zusammen mit dem alten Tatsachenkomplex ein weiteres ideell konkurrierendes Delikt konstituiert, die Identität der Tat beseitigt. Nach der amtlichen Begründung[67] betrifft nämlich der neue § 264 nur noch die Fälle, in denen keine wirkliche Konkurrenz vorliegt, also die Fälle der Gesetzeskonkurrenz. Das ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus § 264 Abs. 2, wo davon die Rede ist, daß das Gericht anstatt des in der Anklageschrift angezogenen Gesetzes ein anderes Strafgesetz zur Anwendung bringen will. Hierunter fällt begriffsnotwendig jede Art von Gesetzeskonkurrenz. Dabei ist es gleichgültig, aus welchem Grunde das neu anzuwendende Strafgesetz das nach der Anklage anzuwendende wegfallen läßt. Der Wegfall kann lediglich auf einer anderen Würdigung der in der Anklage enthaltenen Tatsachen beruhen oder durch neu hervortretende Umstände bedingt sein. Damit erschöpft sich aber der Inhalt des § 264 nicht. Zweifellos würden darunter auch diejenigen Fälle zu rechnen sein, die in der zweiten Gruppe bei Schwinge enthalten sind. Wird also der Täter in der Anklage des Diebstahls beschuldigt und stellt sich in der Hauptverhandlung heraus, daß er die Sache durch strafbare Hehlerei an sich gebracht und daß er mit dem Diebstahl selbst nichts zu tun hat, so würde ebenfalls § 264 Platz greifen.

Dagegen umfaßt der neue § 265 die bisherigen Formen der Ideal- und Realkonkurrenz; den hier ist nicht mehr von einer weiteren Tat die Rede, sondern von einer weiteren Rechtsverletzung, die sowohl eine ideell- wie realkonkurrierende strafbare Handlung sein kann. Dagegen fallen z. B. nicht unter § 265 neue erst in der Hauptverhandlung bekannt werdende Teilakte einer fortgesetzten Straftat, weil sie sich nicht als weiter Rechtsverletzungen darstellen.

Die Anwendung des § 265 setzt nun nach der Neufassung voraus, daß der Angeklagte im Laufe der Hauptverhandlung noch einer anderen Rechtsverletzung beschuldigt wird. Die amtliche Begründung[68] nimmt an, daß diese Beschuldigung von der Staatsanwaltschaft auszugehen hat. Mit Recht verlangt von Weber[69], daß dieser Gedanke im Gesetz besonderen Ausdruck finden müßte, und daß die Aufnahme einer solchen Beschuldigung in das Protokoll vorzuschreiben sei, weil andernfalls keine gesicherte Basis für eine spätere Nachprüfung über den Umfang der Rechtskraft erlangt werden könne. Diese von der Staatsanwaltschaft auf Grund des Ergebnisses der Hauptverhandlung zu erhebende neue Beschuldigung, auf die übrigens wieder § 264 StPO (F.d.E.) Anwendung finden kann, gewinnt nämlich als Prozeßhandlung aus-

---

67) Amtliche Begründung, S. 85; zustimmend von Weber, in Ger S. 100, 232.
68) Amtliche Begründung, S. 85.
69) von Weber, in Ger.S. 100, 233.

schlaggebende Bedeutung für den möglichen Umfang des Urteils und somit für die Reichweite der Rechtskraft. Erhebt nämlich die Staatsanwaltschaft eine solche Beschuldigung nicht, so darf das Gericht diese neue Rechtsverletzung nicht aburteilen, gleichgültig, ob es sich um ein ideell oder real konkurrierendes Delikt handelt; denn andernfalls wäre dieses Erfordernis überhaupt überflüssig. Dagegen muß das Gericht auch bei einer neuen ideell konkurrierenden Rechtsverletzung die in der Anklage bezeichnete „Rechtsverletzung" allein aburteilen und die Rechtskraft dieses Urteils ergreift nicht zugleich das neue ideell konkurrierende Delikt. Denn die Nichterhebung der neuen Beschuldigung seitens der Staatsanwaltschaft bildet ein rechtliches Hindernis der Aburteilung, so daß nach erörterter Rechtsprechung neue Klage erhoben werden kann. Damit wären auch die oben geschilderten ungerechten Ergebnisse der geltenden Rechtsprechung wenigstens zum Teil beseitigt: Wer wegen einer Übertretung rechtskräftig verurteilt ist, kann wegen eines später bekannt werdenden Mordes trotz tateinheitlichen Zusammntreffens erneut unter Anklage gestellt werden, weil diese „Beschuldigung" des Mordes in der ersten Hauptverhandlung gegen ihn nicht erhoben war. Sofern es sich dagegen um einen Fall der Gesetzeskonkurrenz handelt, der Täter also nur aus der milderen allgemeinen Vorschrift verurteilt ist, weil die Merkmale des strengeren Spezialtatbestandes in der ersten Hauptverhandlung noch nicht bekannt waren, wäre auch nach der Neuregelung des Entwurfs eine erneute Verurteilung nicht möglich. Dasselbe gilt, wenn später noch weitere und schwerer wiegende Teilakte einer fortgesetzten Straftat bekannt werden. Hier müßte Abhilfe geschaffen werden durch Einführung eines besonderen Wiederaufnahmegrundes zuungunsten des Täters.

Unter Berücksichtigung der vom Entwurf verfolgten Absicht ist m. E. eine andere Auslegung der Neufassung nicht möglich, man käme sonst zu dem Ergebnis, daß der Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen nicht beseitigt ist.

Im Widerspruch zu dieser Auslegung steht aber § 68 Entw. 1927. Nach den obigen Ausführungen wäre nämlich nach der neuen StPO die nochmalige Verurteilung wegen „derselben Tat" (im alten Sinne) möglich, nämlich unter einem neu hervortretenden ideell konkurrierenden Gesichtspunkt, während § 68 für das Nachtragserkenntnis nur den Fall vorsieht, daß jemand wegen einer anderen Tat verurteilt wird. Unter dieser anderen „Tat" muß konsequent „eine andere Rechtsverletzung" verstanden werden; und das sollte auch in dieser Weise deutlich gesagt werden. Wie Grau[70] mitteilt, hat die amtliche Strafrechtskommission dieser Erwägung Rechnung getragen und das Nachtragserkenntnis für den Fall vorgeschrieben, daß jemand nachträglich wegen einer anderen Rechts-

70) Grau, a.a.O., S. 154.

verletzung verurteilt wird, die nach der Zeit ihrer Begehung schon in dem früheren Verfahren hätte abgeurteilt werden können.

Völlig unvereinbar mit der allein möglichen Auslegung ist die amtliche Begründung[71] zu § 412 a StPO (F.d.E.), dessen Abs. 2 lautet:

> „Gegen einen rechtskräftigen Strafbefehl findet die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten auch dann statt, wenn nach Erlaß des Strafbefehls neue Tatsachen bekannt werden, aus denen sich ergibt, daß die als Übertretung abgeurteilte Tat ein Verbrechen oder Vergehen oder die als Vergehen abgeurteilte Tat ein Verbrechen ist, und daß die deswegen zu erwartende Strafe außer jedem Verhältnis zu der erkannten Strafe steht."

Nach der Begründung soll die Bestimmung auch Anwendung finden, wenn nach Rechtskraft des Strafbefehls ein ideell konkurrierendes Delikt bekannt wird. Damit wird unterstellt, daß zunächst auch insoweit Verbrauch der Strafklage eingetreten ist; denn andernfalls wäre ein Wiederaufnahmeverfahren nicht notwendig. Diese Annahme ist aber unvereinbar mit der oben entwickelten Auslegung des Entwurfs. Deshalb kann § 412a Abs. 2 nur für die Fälle der Gesetzeskonkurrenz Bedeutung haben.

Abgesehen von diesen Unklarheiten ergibt sich, daß die Gleichstellung beider Konkurrenzformen in den §§ 264 ff. neuer Fassung erreicht ist, weil der Tatbegriff im prozessualen Sinne einen Bedeutungswandel erfahren hat. Das hat zugleich eine Änderung des Identitätsbegriffs zur Folge, die oben als möglich erkannt wurde, weil es sich um keinen logischen, sondern um eine teleologischen Begriff handelt. Die vom Reichsgericht zu § 73 StGB entwickelte Formel, die die Zusammenfassung verschiedener Tatsachen zu einer Tat ermöglicht, ist als eine der Normen, die diesen teleologischen Begriff bestimmen, ausgeschaltet; die „Klammer" ist gesprengt. Die einzelnen Rechtsverletzungen, die eine Tat im Sinne des geltenden Verfahrensrechts bilden, sind rechtlich selbständig geworden, ihr strafprozessuales Schicksal kann grundsätzlich verschiedene Wege gehen. Hierin vor allem liegt der wesentliche Gehalt der Neufassung.

Dieser Regelung sehr ähnlich ist nach der Darstellung von Sieveking[72] die Praxis der nordamerikanischen Bundes- und Staatengerichtsbarkeit hinsichtlich der Rechtskraftwirkung des Urteils. Danach ist eine erneute Verurteilung stets zulässig, wenn die später bekannt werdenden Tatsachen zusammen mit den alten ein weiteres ideell konkurrierendes Delikt konstituieren. Noch weiter geht die Rechtsprechung des französischen Kassationshofes. Art. 360 code d'instruction criminelle lautet:

---

71) Amtliche Begründung, S. 111.
72) Sieveking, in ZStW 53, 310.

"Toute personne acquitée légalement ne pourra plus être reprise ni accusée à raison du même fait."

Ursprünglich legten Lehre und Rechtsprechung diesen Satz im Sinne unserer heutigen Rechtsprechung aus. Später gelangte aber der französische Kassationshof zu einer einschränkenden Auslegung, die außerordentlich weit geht. Nicht nur wenn die neu auftauchende Tatsache ein ideell konkurrierendes Delikt konstituiert, wird Tatidentität verneint, sondern schon dann, wenn sich dadurch ein anderer rechtlicher Gesichtspunkt ergibt. Deshalb ist nach Freisprechung von der Anklage des Mordes erneut Anklage wegen fahrlässiger Tötung, nach Freisprechung von der Anklage des einfachen Diebstahls erneut Anklage wegen Einbruchsdiebstahls möglich, weil in solchen Fällen, wie Schwinge[73] sagt, zwar dasselbe factum, aber unter anderer Qualifizierung zur Beurteilung steht, weil, wie es richtiger heißen müßte, das französische Gesetz einen anderen Begriff des "idem" kennt. Sonderbarerweise sieht Schwinge in dieser Rechtsprechung des französischen Kassationshofes, dem sich auch das frühere rheinische Revisionsgericht angeschlossen hatte, eine der vielen Verfälschungen „freiheitlicher" Errungenschaften unter der Herrschaft Napoleons I. Es mag sehr „freiheitlich" sein, wenn der Verbrecher in der oben geschilderten Weise der gerechten Strafe entgeht; von einer „Errungenschaft" dürfte aber keine Rede sein.

Der Entwurf eines Einführungsgesetzes enthält noch weitere Änderungen der geltenden Strafprozeßordnung, die laut amtlicher Begründung die Gleichstellung beider Konkurrenzformen im Prozeß beabsichtigen. Im einzelnen zeigen alle diese Änderungen die Tendenz, die Klammer des § 73 StGB aufzulösen, der im geltenden Recht das selbständige Schicksal der ideell konkurrierenden Rechtsverletzungen verhindert hat.

Das gilt zunächst für den Tenor des Urteils. Nach geltendem Recht ist eine „teilweise" Freisprechung unzulässig (§ 260 StPO)[74]. Hat also der Angeklagte nach dem Eröffnungsbeschluß durch eine Tat zwei Rechtsverletzungen begangen, sieht das Gericht dagegen nur die eine als erwiesen an, so erfolgt wegen dieser Verurteilung, nicht aber zugleich wegen der anderen Freisprechung. Das gilt selbst dann, wenn der Eröffnungsbeschluß fälschlich Tateinheit angenommen hatte[75]. Hinsichtlich einer Tat ist also stets nur ein einheitliches Urteil möglich, entweder Freisprechung oder Verurteilung, gleichgültig, wieviele Rechtsverletzungen in Frage stehen. Hiernach ist die Frage der Tateinheit oder Tatmehrheit für die Tenorierung des Urteils von ausschlaggebender Bedeutung. Der Entwurf eines Einführungsgesetzes bringt im Gesetzeswortlaut keine ausdrückliche Klärung. In der Begrün-

73) Schwinge, in ZStW 52, 212.
74) vergl. Löwe-Rosenberg § 260, 7.
75) vergl. RG 52, 190.

dung[76] ist bemerkt, daß infolge der Gleichstellung von Ideal- und Realkonkurrenz die Anklageformel in Zukunft bei der Idealkonkurrenz keine einheitliche Tat aufzustellen, sondern die verschiedenen Rechtsverletzungen gleichwertig nebeneinander zu nennen habe, wie schon bisher bei der Realkonkurrenz. Deshalb müsse in Zukunft auch das Urteil, wenn es eines der ideell konkurrierenden Delikte als nicht erwiesen ansehe, insoweit auf Freisprechung erkennen. Deutlicher kann nicht ausgesprochen werden, daß die Gleichstellung beider Konkurrenzformen gleichbedeutend ist mit dem Prinzip, jede Tatbestandsverwirklichung rechtlich selbständig zu machen. Der Begriff der „teilweisen" Freisprechung erhält hier eine ganz andere Bedeutung: Was bisher unzulässige teilweise Freisprechung war, wird jetzt selbständiger Bestandteil des Urteils.

Über das Verhältnis zwischen Ideal- und Gesetzeskonkurrenz spricht sich die Begründung an dieser Stelle nicht aus; m. E. hätte der Richter hier folgendermaßen zu verfahren: Nimmt die Anklage fälschlich Gesetzeskonkurrenz an, so darf das Gericht das ideellkonkurrierende Delikt nicht in die Verurteilung einbeziehen, es sei denn, daß die Staatsanwaltschaft noch nachträglich eine neue Beschuldigung gemäß § 265 StPO (F.d.E.) erhebt. Im umgekehrten Fall muß m. E. ausdrücklich Freispruch erfolgen.

Die neue Kostenregelung zeigt dieselbe Tendenz. In der bis zum Gesetz vom 24. 11. 1933 geltenden Fassung lautete

§ 466 Abs. 1 StPO:

> „Wenn ein Angeklagter in einer Untersuchung, welche mehrere strafbare Handlungen umfaßt, nur in Ansehung eines Teiles derselben verurteilt wird, durch die Verhandlung der übrigen Straffälle aber besondere Kosten entstanden sind, so ist er von deren Tragung zu entbinden."

Dieser § 466 Abs. 1 ist inhaltlich durch das Gesetz vom 24. 11. 1933 (geändert durch Gesetz vom 23. 4. 1934) in einen neuen § 465 Abs. 1 Satz 1 übernommen worden:

> „Die Kosten des Verfahrens hat der Angeklagte insoweit zu tragen, als sie durch das Verfahren wegen einer Tat entstanden sind, wegen der er verurteilt oder eine Maßregel der Sicherung oder Besserung gegen ihn angewendet ist."

Es gilt also auch noch heute die zu § 466 Abs. 1 (a.F.) entwickelte Rechtsprechung. Danach ist eine Kostenteilung nur bei Realkonkurrenz möglich[77]. Wird dagegen im Eröffnungsbeschluß ideale Konkurrenz mehrerer Delikte angenommen und erfolgt Verurteilung nur wegen einer Tatbestandsverwirklichung, so hat der Angeklagte trotzdem die Kosten des gesamten Verfahrens zu tragen[78]. Billig ist

---

76) Amtliche Begründung, S. 87.
77) so RG 29, 106.
78) vergl. Löwe-Rosenberg, S. 466,1; a.A. Binding, Strafprozeß, S. 229.

diese Regelung durchaus nicht. Man denke an den Fall, daß mit einem Verbrechen eine Übertretung ideell konkurriert, das Verbrechen aber in der Hauptverhandlung nicht nachgewiesen wird. Hier muß der Angeklagte, der wegen Übertretung zu einer geringen Geldstrafe verurteilt wird, die Kosten des ganzen Verfahrens tragen, auch wenn diese fast ausschließlich durch die Untersuchung des Verbrechens entstanden sind. Nach der geltenden Kostenregelung kann dem Angeklagten sogar die unrichtige Qualifikation seiner Handlungen im Eröffnungsbeschluß nachteilig werden. In RG 52, 190 hatte der Eröffnungsbeschluß fälschlich Idealkonkurrenz angenommen; das Gericht verurteilte nur wegen e i n e r Rechtsverletzung und das Reichsgericht führt hinsichtlich der Kostenfrage aus: „Da der Tatrichter nur e i n e Rechtsverletzung als erwiesen ansieht, war jeder Erörterung, ob Tateinheit oder Tatmehrheit vorliegt, der Boden entzogen. Da § 466 StPO eine Untersuchung voraussetzt, die n a c h d e m E r ö f f n u n g s b e s c h l u ß mehrere strafbare Handlungen umfaßt, muß der Angeklagte hier sämtliche Kosten tragen; diese unbillige Härte ist angesichts des geltenden Rechts unvermeidlich."

§ 465 StPO in der Fassung des Entwurfs stimmt nun in dem hier entscheidenden Punkt wörtlich mit dem geltenden Wortlaut überein. Es fragt sich aber, was die Neufassung jetzt unter dem Begriff der „Tat" verstehen will. Ist damit die Tat im Sinne des geltenden Rechts gemeint, so bliebe alles beim Alten; es müßte auch in Zukunft zwischen Tateinheit und Tatmehrheit unterschieden werden. Da jedoch nach der Ansicht des Entwurfs in Zukunft auch Freisprechung von der Anklage eines nicht erwiesenen ideell konkurrierenden Delikts erfolgen soll, dürfte die „Tat" hier als Rechtsverletzung im Sinne des § 265 StPO (F.d.E.) zu verstehen sein. Der Begriff der „Tat" hätte auch hier einen Bedeutungswandel erfahren, und zweckmäßig käme dies im Gesetzeswortlaut deutlich zum Ausdruck. Damit wäre auch hinsichtlich der Kostenregelung die Verselbständigung der einzelnen ideell konkurrierenden Rechtsverletzungen durchgeführt; und die Gleichstellung beider Konkurrenzformen erreicht. Die unbilligen Härten des geltenden Rechts lassen sich auf diese Weise vermeiden.

Die Tatsache, daß in Zukunft auch Freisprechung von der Anklage eines ideell konkurrierenden Delikts erfolgen muß, wird ferner praktisch bei der E n t s c h ä d i g u n g w e g e n u n s c h u l d i g e r l i t t e n e r U n t e r s u c h u n g s h a f t. Nach § 1 des Reichsgesetzes vom 14. 7. 1904 können Personen, die im Strafverfahren freigesprochen oder durch Beschluß des Gerichts außer Verfolgung gesetzt sind, für erlittene Untersuchungshaft Entschädigung aus der Staatskasse verlangen, wenn das Verfahren ihre Unschuld ergeben oder dargetan hat, daß gegen sie ein begründeter Verdacht nicht vorliegt. Entscheidend für die Möglichkeit einer Entschädigung ist die

Divergenz zwischen Urteil und Haftbefehl. Der Angeklagte muß wegen *derselben Tat* verhaftet und freigesprochen sein[79]. Deshalb sind die beiden Konkurrenzformen im geltenden Recht verschieden zu behandeln. Wenn jemand wegen vorsätzlicher Körperverletzung mit Todeserfolg 6 Monate verhaftet wird, das Gericht aber den Angeklagten insoweit für unschuldig hält und nur wegen Schießens in gefährlicher Umgebung zu einer Haftstrafe verurteilen will, so darf nach der erwähnten Rechtsprechung keine Freisprechung von der Anklage der Körperverletzung erfolgen und der Entschädigungsanspruch muß versagt werden[80]. Dieses Ergebnis ist in hohem Maße unbillig. *Burlage*[81] will ihm mit der Erwägung entgehen, daß der Haftbefehl auf einer strafrechtlich bestimmt charakterisierten Tat beruhe, in obigem Beispiel auf der Körperverletzung, und daß in dieser Hinsicht völlige Entlastung durch das Urteil erfolgte. Das Erfordernis der „Freisprechung" in § 1 sei deshalb erfüllt, weil das Urteil von der Anklage der Körperverletzung nicht ausdrücklich, aber immerhin implicite freispreche. So billig dieses Ergebnis ist, so sehr es der Absicht des Gesetzes von 1904 entsprechen mag, nach geltendem Prozeßrecht ist diese Ansicht m. E. nicht haltbar. Das Urteil enthält eben keine Freisprechung, weil es eine teilweise Freisprechung nach § 260 StPO nicht gibt. Bei Realkonkurrenz sind zwei Fälle denkbar: Wenn nur wegen *einer* der realkonkurrierenden Straftaten Haftbefehl erlassen war, in dieser Beziehung aber Freispruch erfolgt, muß die Entschädigung gewährt werden. Wenn der Haftbefehl wegen mehrerer selbständiger Handlungen erlassen war, und teilweise Freisprechung erfolgt, so muß wegen jeder Freisprechung Entschädigungsbeschluß ergehen; der Schadensersatz kann jedoch mit Rücksicht auf die anderen Delikte nicht mit Erfolg geltend gemacht werden[82]. Diese Ergebnisse entsprechen der Billigkeit. Sie gelten automatisch auch für die Idealkonkurrenz, sobald Freisprechung bezüglich ideell konkurrierender Delikte möglich ist.

Zu § 153 StPO (Opportunitätsprinzip) ist streitig, ob ein Abstehen von der Klageerhebung (Abs. 2) und die Einstellung des Verfahrens auch bezüglich eines von zwei ideell konkurrierenden Delikten möglich ist. *Mattil* und *Gelbert*[83] bejahen diese Fragen. *Löwe-Rosenberg*[84] halten dagegen eine solche prozessuale Trennung der einzelnen tateinheitlich zusammentreffenden Delikte für unzulässig. Absehen von der Klageerhebung und Einstellung des

---

79) vergl. Burlage, Entschädigung der unschuldig Verhafteten und der unschuldig Bestraften, Seite 43.
80) vergl. Krause, Haftentschädigung, S. 140; Brandis, Entschädigung für schuldig Bestraften, Seite 43.
81) Burlage, a.a.O., Seite 43 ff.
82) Burlage, a.a.O., Seite 45 ff.
83) Mattil, in JRdsch 1933, 25; Gelbert, in JRdsch 1933, 42.
84) Löwe-Rosenberg § 153b.

Verfahrens müßten sich auf die „Tat" im Sinne des § 264 StPO erstrecken. Angesichts der Tatsache, daß nach geltendem Verfahrensrecht Gegenstand des Strafprozesses die strafbare Tat, nicht aber die Rechtsverletzung ist, muß wohl der Auffassung von Löwe-Rosenberg zugestimmt werden. Dem steht nicht entgegen, daß § 153 von „Übertretungen" und „Vergehen", nicht aber von „einer strafbaren Tat" spricht. Denn offenbar meint § 153 strafbare Handlungen, die sich als Übertretungen bzw. Vergehen darstellen; es handelt sich nur um eine abkürzende Ausdrucksweise. Der Entwurf eines Einführungsgesetzes nimmt nicht ausdrücklich Stellung. Die Verselbständigung der ideell konkurrierenden Rechtsverletzungen dürfte die Streitfrage im Sinne von Mattil entscheiden.

Schließlich zeigt sich der Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen nach geltendem Recht besonders deutlich im Verhältnis zwischen öffentlicher Klage und Privatklage. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat hier folgende Grundsätze entwickelt: das Urteil, welches auf erhobene öffentliche Klage ergeht, verbraucht die Privatklage wegen eines ideell konkurrierenden Delikts und umgekehrt[85]. Zwar muß der Privatklagerichter, wenn sich in der Hauptverhandlung ein ideell konkurrierendes Offizialdelikt herausstellt, das Verfahren durch Urteil einstellen (§ 389 StPO). Entscheidet er aber zu Unrecht in der Sache selbst, weil ihm das Offizialdelikt nicht bekannt wird oder weil er § 389 nicht beachtet, so tritt der Verbrauch der Strafklage gleichwohl ein[86]. Ergibt sich in dem auf Privatklage eröffneten Hauptverfahren ein weiteres ideell konkurrierendes Privatklagedelikt, dessen Verfolgung im öffentlichen Interesse liegt, so kann die Staatsanwaltschaft nur nach § 377 Abs. 2 die Verfolgung übernehmen, aber keine neue Klage anstrengen[87]. Erhebt die Staatsanwaltschaft öffentliche Klage wegen eines Offizialdelikts, mit welchem z. B. eine Beleidigung ideell konkurriert, so ist die Staatsanwaltschaft nicht befugt, zu erklären, daß sie die Beleidigung nicht verfolgen wolle; denn die Anklage umfaßt notwendig die ganze Tat. Das Gericht muß daher, wenn es die Voraussetzungen des Offizialdelikts verneint, aber Strafantrag wegen Beleidigung vorliegt, wegen Beleidigung verurteilen[88].

Alle diese in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zeigen eine bestimmte Abhängigkeit beider Verfahren, wenn ein Offizialdelikt und ein Privatklagedelikt ideell konkurrieren. Diese Abhängigkeit besteht natürlich im Falle realer Konkurrenz nicht. Der

85) vergl. RG 3, 388.
86) Löwe-Rosenberg § 389, 4.
87) Löwe-Rosenberg § 375, 3b.
88) vergl. RG 11, 128.

Entwurf eines Einführungsgesetzes, der nach der Begründung sonst überall bestrebt gewesen ist, diesen Unterschied zu beseitigen, sieht hier keinerlei Änderung der StPO vor; er hat an diese Fälle offenbar nicht gedacht. Um die Gleichstellung auch hier durchzuführen, bestand nur die Möglichkeit, die Abhängigkeit beider Verfahren in den Fällen der Idealkonkurrenz zu beseitigen. Es hätte ausdrücklich vorgeschrieben werden müssen, daß bei ideell konkurrierenden Delikten wegen des einen Privatklage, wegen des anderen öffentliche Klage erhoben werden kann, daß infolgedessen die sofortige Bildung der Einheitsstrafe nicht möglich wäre und nur der Weg des Nachtragserkenntnisses bliebe, müßte in Kauf genommen werden. Denn es ginge kaum an, umgekehrt die Einstellung des Privatklageverfahrens nach § 389 StPO auch dann vorzuschreiben, wenn sich in der Hauptverhandlung irgendeine realkonkurrierende Rechtsverletzung herausstellt.

Der Entwurf eines Einführungsgesetzes zeigt nach allem durchgehend die Tendenz, die Gleichstellung beider Konkurrenzformen dadurch zu erreichen, daß jede Rechtsverletzung (Tatbestandsverwirklichung) völlige Selbständigkeit im Verfahren erlangt, grundsätzlich die Möglichkeit getrennten rechtlichen Schicksals zweier ideell konkurrierender Delikte zugelassen wird. Sämtliche Änderungsvorschläge des Entwurfs gründen sich auf diesen einen Gesichtspunkt.

Damit ist aber gleichzeitig klargestellt, daß eine gleiche Strafbemessungsregel im materiellen Recht logisch auch möglich ist ohne eine Gleichstellung der Konkurrenzformen im Strafprozeß. Das eine zwingt keineswegs zum anderen, wie die amtliche Begründung anzunehmen scheint. Der prozessuale Tatbegriff des geltenden Rechts kann sehr wohl unverändert beibehalten werden. Denn kein logischer Grundsatz kann den Gesetzgeber hindern, zu bestimmen, daß die Norm des § 73 (d. h. die vom Reichsgericht entwickelte Formel) nur noch Bedeutung haben soll für den prozeßrechtlichen Identitätsbegriff. Diesen Weg geht ja auch das österreichische Recht. Während sich dort der Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen mit Rücksicht auf das System der Einheitsstrafe (§ 34 öst. StGB) im materiellen Recht nicht auswirken kann, stimmt nach herrschender österreichischer Lehre der prozessuale Identitätsbegriff mit dem des geltenden deutschen Rechts überein[89]. Die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit der Gleichbehandlung unterliegt deshalb für das materielle Recht und für das Verfahrensrecht völlig selbständiger Würdigung. Daß auch die prozessuale Gleichbehandlung in vielfacher Hinsicht Vorteile aufweist, haben die vorstehenden Ausführungen gezeigt. Es sei aber darauf hingewiesen, daß sich die aufgezeigten Mängel des geltenden Verfahrensrechtes, insbesondere auf dem Gebiet der Rechtskraftwirkung, auch auf andere Weise vermeiden lassen. So

89) vergl. Lißbauer-Suchomel zu § 262 öst. StPO; Lohsing, österreichisches Strafprozeßrecht, S. 358; Kadecka, in JurBl. 1932, 49.

wäre, wie schon erwähnt, ein Prozeßsystem denkbar, in dem der Identitätsbegriff für den Umfang der Urteilsbefugnis und für die Rechtskraftwirkung verschieden ist. Es müßte etwa unter Beibehaltung der §§ 264 ff. StPO vorgeschrieben werden, daß trotz Tateinheit gemäß § 73 StGB Tatidentität im Sinne der Rechtskraftwirkung nicht vorliegt, wenn neue wesentliche Gesichtspunkte für die Tatwürdigung bekannt werden. Es könnte aber auch in noch weitergehender Anlehnung an das geltende Verfahrensrecht lediglich ein weiterer Wiederaufnahmegrund für solche Fälle geschaffen werden.

Zum Schluß sei noch erwähnt, daß sich die Gleichstellung auf allen Gebieten des Verfahrensrechts nicht durchführen läßt. So gilt bekanntlich im Auslieferungsrecht der Grundsatz der Spezialität, d. h. der die Auslieferung nachsuchende Staat muß sich an die Schranken halten, innerhalb deren der ersuchte Staat die begehrte Auslieferung gewährt. Eine später entdeckte realkonkurrierende Tat darf also niemals in die Verurteilung einbezogen werden. Ob dagegen wegen eines neu auftauchenden ideell konkurrierenden Gesichtspunktes Verurteilung erfolgen darf, bestimmt sich nach Auslieferungsvertrag und Auslieferungsbescheid[90]. Hier wird also der Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen mit Rücksicht auf das internationale Recht notwendig bleiben.

C. Die Auswirkungen der Einheitsstrafe auf den Strafprozeß.

Eine Gruppe anderer Änderungsvorschläge des Entwurfs eines Einführungsgesetzes hängt weniger mit der Gleichstellung beider Konkurrenzformen als mit der Einführung der Einheitsstrafe zusammen. Sie betreffen insbesondere das Rechtsmittelverfahren, die Wiederaufnahme und den amtsrichterlichen Strafbefehl. Der geltende Rechtszustand, an den diese Vorschläge anknüpfen, ist kurz folgender:

Obwohl nach § 318 StPO die Berufung auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden kann, hält das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung eine Beschränkung der Berufung auf einen ideell konkurrierenden Gesichtspunkt nicht für zulässig, da die Schuldfrage in diesem Falle nur einheitlich beurteilt werden könne; eine unzulässigerweise „beschränkt“ eingelegte Berufung ist aber nicht unwirksam, sondern ergreift automatisch das ganze Urteil[91]. Ebensowenig ist die Verneinung eines rechtlichen Gesichtspunktes selbständig anfechtbar. Folgerichtig legt man den § 331 StPO (Verbot der reformatio in peius) dahin aus, daß das Berufungsgericht die Strafe zwar nicht verschärfen dürfe, jedoch in der richterlichen Würdigung der „Tat“ völlig frei sei, insbesondere abweichend vom angefochtenen Urteil Idealkonkurrenz annehmen, einen zweiten

90) vergl. RG 64, 183/189; 65, 106; 66, 173/348.
91) vergl. RG 63, 359; 64, 214; 65, 129/287.

Schuldspruch fällen und ein schwereres Gesetz anwenden könne[92]. Die Einlegung der Berufung kann daher dem Angeklagten trotz des § 331 nachteilig werden, wenn z. B. das Berufungsgericht entgegen dem Vorderrichter ideell konkurrierenden Diebstahl annimmt und durch den Schuldspruch eine Rückfallsvoraussetzung schafft. Aus demselben Grunde ist die Beschränkung der Revision auf einen ideell konkurrierenden Gesichtspunkt unzulässig[93].

Sieht ferner das Revisionsgericht entgegen dem Vorderrichter nur einen Tatbestand als erfüllt an, so muß es im Falle einer Idealkonkurrenz das ganze Urteil aufheben und zurückverweisen; bei Realkonkurrenz ist dagegen wegen des einen Verbrechens freizusprechen, wegen des anderen der Ausspruch des Vorderrichters (Einsatzstrafe) aufrechtzuerhalten.

Ob diese Rechtsprechung, die vielfachen Widerspruch erfahren hat[94], mit § 318 StPO vereinbar ist, kann dahingestellt bleiben. Denn die vom Entwurf eines Einführungsgesetzes vorgeschlagenen Änderungen der StPO mußten sich naturgemäß in erster Linie an die bisherige Rechtsprechung anlehnen, nach der für das Rechtsmittelverfahren ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen besteht.

Bereits vor Bekanntgabe des Entwurfs eines Einführungsgesetzes waren in der Rechtslehre die Auswirkungen der Einheitsstrafe auf das Rechtsmittelverfahren erörtert worden. Lobe und Beling[95] hatten darauf hingewiesen, daß durch die Einführung der Einheitsstrafe der schon bisher bei der Idealkonkurrenz bestehende Mangel — das Revisionsgericht muß auch dann in vollem Umfang aufheben und zurückverweisen, wenn es die Feststellung einer einzelnen Rechtsverletzung nicht beanstandet — auch auf die Fälle der Realkonkurrenz übertragen werde; so wenig prozeßökonomisch aber dürfe der Gesetzgeber nicht verfahren. Dagegen hatte Wegner[96] eine solche Zurückverweisung für vorteilhaft erklärt, da sie das Prinzip der Täterbestrafung und nicht Tatbestrafung in erhöhtem Maße garantiere. Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, hat der Entwurf eines Einführungsgesetzes versucht, beiden Gesichtspunkten gerecht zu werden.

Der Entwurf hat zunächst den Unterschied zwischen beiden Konkurrenzformen für das Rechtsmittelverfahren beseitigt. Zwar stimmt der neue § 318 Satz 1 wörtlich mit dem alten überein: „Die Berufung kann auf bestimmte Beschwerdepunkte beschränkt werden." Nach dem System der neuen StPO muß sich aber eine Bedeutungsänderung vollzogen haben. In Zukunft muß die Berufung nicht nur

---

92) vergl. RG 59, 292; Löwe-Rosenberg § 331.
93) vergl. RG 60, 109/344; 61, 149.
94) vergl. Lobe LK, S. 177; Beling in JW 1931, 2505; Oetker in JW 1932, 404.
95) Lobe in Ger S. 93, 124; Beling in Ger S. 93, 133.
96) Wegner, in Aschrott-Kohlrausch, S. 184.

auf real, sondern auch auf ideell konkurrierende Delikte beschränkt werden können, ebenso die Revision. Entsprechendes gilt nach § 372 StPO (F.d.E.) für das Wiederaufnahmeverfahren und nach § 410a StPO (F.d.E.) für den Einspruch gegen den amtsrichterlichen Strafbefehl[97]. Offenbar will v. Weber[98] diese Schlußfolgerung nicht ziehen; er stützt sich auf die §§ 328 Abs. I Satz 2 und 358 Abs. I Satz 2 (F.d.E.), wonach das Berufungsgericht die nicht angefochtenen tatsächlichen Feststellungen des Gerichtes erster Instanz, und das erneut erkennende Gericht die vom Revisionsgericht nicht aufgehobenen Feststellungen zu berücksichtigen hat. Von Weber bestreitet auf Grund dieser Bestimmungen die Beseitigung des Unterschiedes beider Konkurrenzformen, da eine teilweise Festhaltung tatsächlicher Feststellungen nur bei mehrtätigem Zusammentreffen möglich sei. Das ist m. E. nicht richtig. Wer wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug bestraft ist, kann sicherlich die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils allein angreifen, um die Verurteilung wegen Betruges zu beseitigen. Die Auslegung v. Webers entspricht auch nicht der Stellungnahme der Begründung[99]. Dort ist ausgeführt, die Änderung des § 328 trage der Gleichstellung von Ideal- und Realkonkurrenz Rechnung. Hätte der Entwurf die hier behauptete Bedeutungsänderung des § 318 nicht gewollt, so hätte die Begründung sagen müssen, daß der geänderte § 328 der Einführung der Einheitsstrafe Rechnung trage. Schließlich ergibt sich die Richtigkeit meiner Auffassung auch daraus, daß in Zukunft der Angeklagte eventuell auch von der Anklage wegen eines ideell konkurrierenden Delikts freizusprechen ist. Dieser teilweise Freispruch hat keinen Sinn, wenn er nicht selbständig anfechtbar ist.

Aus demselben Grunde vollzieht sich m. E. auch eine Bedeutungsänderung des § 331. Das Gericht darf nicht mehr, wenn der Angeklagte Berufung eingelegt hat, wegen eines ideell konkurrierenden Delikts bestrafen, von dem die erste Instanz freigesprochen hat.

Im Ergebnis vollzieht sich also auch beim Rechtsmittelverfahren die Gleichstellung beider Konkurrenzformen in der Weise, daß die Tateinheit des § 73 in selbständige Rechtsverletzungen zerlegt wird. Dabei trägt der Entwurf eines Einführungsgesetzes prozeßökonomischen Erwägungen weitgehend Rechnung. Wenn die Beschränkung ordentlicher oder außerordentlicher Rechtsmittel auch auf ideell konkurrierende Gesichtspunkte zulässig ist, so wird dadurch in viel erheblicherem Umfang als nach geltendem Recht die wiederholte Prüfung derselben Tatsachen verhindert. Denn selbstverständlich ist das Rechtsmittelgericht an die nicht angefochtenen Feststellungen gebunden (vgl. §§ 328, 411 StPO, F.d.E.). Ferner soll

97) ebenso Niederreuther, strafrechtliche Abhandlungen, Heft 278, S. 143.
98) von Weber, in Ger S. 100, 241.
99) Amtliche Begründung, S. 93.

in Zukunft das Revisionsgericht bei Anfechtung des ganzen Urteils die Möglichkeit haben, auch die Feststellung eines bestimmten ideellkonkurrierenden Gesichtspunktes aufrecht zu erhalten und das erneut zur Entscheidung berufene Gericht ist hieran gebunden (vgl. §§ 353, 358 StPO, F.d.E.) Erwägt man, daß den Hauptumfang der strafrichterlichen Tätigkeit die Tatsachenfeststellung ausmacht, so kann diesen Vorteilen gegenüber prozeßökonomisch nicht ins Gewicht fallen, daß in Zukunft das Revisionsgericht den Strafausspruch auch dann in vollem Umfang aufheben muß, wenn es den Schuldspruch nur bezüglich eines Delikts beseitigt (§§ 353, 354 StPO, F.d.E.). Zwar muß dann die Zurückverweisung auch in den Fällen der Realkonkurrenz erfolgen, aber das erneut zur Entscheidung berufene Gericht wird ja nur mit einer neuen Straffestsetzung belastet. Ebensowenig fällt ins Gewicht, daß als notwendige Folge der Einheitsstrafe bei teilweiser Anfechtung eines Urteils oder Strafbefehls der Strafausspruch stets als in vollem Umfang angefochten gelten muß (vgl. §§ 318, 410a StPO, F.d.E.).

Hinsichtlich der neuen Straffestsetzung durch den Rechtsmittelrichter und das nach erfolgreicher Revision erneut zur Entscheidung berufene Gericht scheint dagegen der Entwurf des Einführungsgesetzes die Folgen der Einheitsstrafe nicht in vollem Umfang überblickt zu haben; der Entwurf dehnt die Ermessungsfreiheit des Rechtsmittelrichters in ebenso untragbarer Weise aus wie beim Nachtragserkenntnis gemäß § 68 Entw. 1927. Der Entwurf schreibt überall nur vor, daß die nicht angefochtenen tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Beurteilungen bei der neuen Straffestsetzung zu „berücksichtigen" seien (vgl. §§ 328, 358, 373, 411 StPO, F.d.E.). Mit Recht bemerkt v. Weber[100], daß dieser vage Ausdruck den Rechtsmittelrichter bei der erneuten Straffestsetzung in keiner Weise binde. Zwar haben die §§ 331, 358 StPO, F.d.E. das Verbot der reformatio in peius unverändert beibehalten, so daß bei einer Berufung des Angeklagten die bisherige Bindung bestehen bleibt. Die Möglichkeit teilweiser Anfechtung, gleichgültig, ob es sich um ideell oder real konkurrierende Gesichtspunkte handelt, führt aber zu dem Engebnis, daß der Berufungsrichter, obwohl die teilweise Anfechtung Erfolg hat und insoweit zu einem Freispruch führt, auf dieselbe Strafe erkennen kann. Der Laie wird nicht verstehen, daß trotz des Freispruchs die Strafe nicht ermäßigt wird. Nach geltendem Recht sind solche Ergebnisse nicht möglich. Will heute der Angeklagte die Feststellung eines ideell konkurrierenden Gesichtspunktes angreifen, so muß er das ganze Urteil anfechten. Es erfolgt aber kein Freispruch, wenn der Berufungsrichter den ideell konkurrierenden Gesichtspunkt verneint, so daß die Verhängung der gleichen Strafe hier noch verständlich erscheint. Wird die Verurteilung wegen zweier realkonkurrierender Delikte nur bezüglich des

100) von Weber, in Ger S. 100, 241.

einen angefochten, so führt ein Erfolg des Rechtsmittels stets zu einer Ermäßigung der Strafe, weil die Gesamtstrafe notwendig wegfällt. Ein anderes Ergebnis ist nur möglich, wenn das Urteil des ersten Richters wegen dreier realkonkurrierender Delikte schuldig spricht; hier kann es der Berufungsrichter, selbst wenn er wegen eines Deliktes freispricht, bei der Gesamtstrafe des ersten Richters belassen[101]. Wenn z. B. der erste Richter wegen dreier Verbrechen je drei Jahre Zuchthaus verhängt und zu einer Gesamtstrafe von fünf Jahren verurteilt, so darf der Berufungsrichter zweimal drei Jahre ebenfalls zu fünf Jahren zusammenziehen. Dieses Ergebnis ist nicht sehr sinnvoll, wenn man das Verbot der reformatio in peius überhaupt billigt, und ich halte es nicht für richtig, ihm noch ein weiteres Anwendungsgebiet zu sichern. Noch weniger tragbar ist das Ergebnis für den Fall, daß die Staatsanwaltschaft mit Erfolg Berufung einlegt, weil Freispruch von einem ideell oder realkonkurrierenden Gesichtspunkt erfolgt ist. Denn trotz des Rechtsmittelerfolges kann der Berufungsrichter nach dem Entwurf eines Einführungsgesetzes unter die Strafe des ersten Richters heruntergehen. Ich würde das ebenfalls für einen Mißstand halten, der im geltenden Recht nicht in diesem Umfange in Erscheinung tritt. Hier ist nur möglich, daß der Berufungsrichter drei Einsatzstrafen zu einer geringeren Gesamtstrafe zusammenfaßt als sie der Vorderrichter aus zwei Einsatzstrafen gebildet hatte. Ähnliche Mißstände können sich ergeben, wenn ein Wiederaufnahmeverfahren teilweisen Erfolg hat (vgl. § 373 StPO, F.d.E.). Es kann z. B. der Fall eintreten, daß der Verurteilte trotz Erfolges der Wiederaufnahme und teilweisen Freisprechung eine Ermäßigung der Strafe nicht erzielt.

Alle diese Mißstände lassen sich durch die einfache Bestimmung beseitigen, daß im Falle teilweiser, d. h. auf einen ideell oder real konkurrierenden Gesichtspunkt beschränkten, Anfechtung des Urteils dem Erfolg des Rechtsmittels in folgender Weise Rechnung zu tragen ist: War das Rechtsmittel zugunsten des Angeklagten eingelegt, so muß die neue Strafe niedriger sein als die alte, falls nicht schon auf das gesetzliche Minimum erkannt war. War dagegen das Rechtsmittel zuungunsten des Angeklagten eingelegt, so darf der zweite Richter nicht unter die Strafe des ersten Urteils heruntergehen.

Schließlich führt das Prinzip der Einheitsstrafe noch zu gewissen Schwierigkeiten, wenn die rechtskräftige Entscheidung für eine der abgeurteilten Rechtsverletzungen die Vollstreckbarkeit verliert; das gilt insbesondere bei der Amnestie nur einer Rechtsverletzung. Bei der Begnadigung, sofern man unter ihr die Gnade des Staates gegenüber dem einzelnen Verbrecher versteht, kann die Einheitsstrafe weder bei Real- noch bei Idealkonkurrenz hinderlich werden. Will der Staat Gnade nur wegen einer Rechts-

101) vergl. Kohlrausch, StPO § 331,2.

verletzung erweisen, so kann er das durch Ermäßigung der rechtskräftigen Einheitsstrafe erreichen. Bei der Abolition (Verzicht auf Durchführung der Strafverfolgung im Einzelfall) kann der Gnadenerweis auf bestimmte rechtliche Gesichtspunkte beschränkt werden, so daß die Verfolgung und Verurteilung nur wegen des einen ideell konkurrierenden Delikts ausgeschlossen wird, wegen des anderen aber zulässig bleibt. Anders bei der Amnestie: sie bedeutet einen generellen Gnadenakt für einen bestimmt umschriebenen Personenkreis mit Rücksicht auf bestimmte Straftaten und bestimmte persönliche Verhältnisse der Täter; sie findet sich nicht nur als Begnadigung urteilsmäßig erkannter Strafen, sondern auch als Verbot der Einleitung eines Strafverfahrens und Niederschlagung eines schon schwebenden Strafverfahrens[102]. In diesem Zusammenhang sind die Fälle von Bedeutung, in denen sich die Amnestie nur auf eine von mehreren konkurrierenden Rechtsverletzungen bezieht. Hier entstehen nach geltendem Recht keine Schwierigkeiten, solange kein rechtskräftiges Urteil vorliegt; Verfolgung und Bestrafung haben sich auf das nicht amnestierte Delikt zu beschränken, auch wenn es ideell konkurriert und mit geringerer Höchststrafe bedroht ist[103]. Ebensowenig entstehen Schwierigkeiten bei rechtskräftigen, auf Tatmehrheit beruhenden Urteilen. Ergreift die Amnestie nur das eine Delikt, so muß der Verurteilte die Einsatzstrafe für das andere Delikt verbüßen. Daß manche Amnestiegesetze ausdrücklich noch eine Verminderung dieser Einsatzstrafe ausgesprochen oder sonstige spezielle Regelungen getroffen haben, ändert an diesem Prinzip nichts.

Wie aber, wenn rechtskräftige Verurteilung wegen zweier in Tateinheit begangener Verbrechen erfolgt ist? Grau-Schäfer[104] wollen hier die Amnestie nur eingreifen lassen, wenn sie sich auf die Zuwiderhandlung gegen das Gesetz erstreckt, aus dem die Strafe gemäß § 73 entnommen ist. Nach geltendem Recht ist eine andere Entscheidung nicht möglich, obwohl sie sich als Ausnahme des anerkannten Grundsatzes darstellt, daß § 73 nur eine Strafenabsorption, aber keine Deliktsabsorption bedeutet. Billig ist dieses Ergebnis auch keinesfalls. Ergreift die Amnestie das schwerere Gesetz, so ist in keiner Weise einzusehen, warum der Täter wegen des leichteren, das vielleicht allein ebenfalls eine strenge Strafe verdient, straflos bleiben soll. Im umgekehrten Fall muß, da die Amnestie überhaupt nicht Platz greift, der Verurteilte die volle Strafe verbüßen, obwohl vielleicht aus den Urteilsgründen hervorgeht, daß das ideell konkurrierende amnestierte Delikt zu einer erheblichen Strafschärfung geführt hat. Diese Ungerechtigkeit kann allenfalls durch Einzelbegnadigung beseitigt werden; die andere ist nur durch besondere Bestimmungen beim einzelnen Amnestiegesetz

102) vergl. Lobe LK, S. 186.
103) so RG 46, 363; 52, 271; 53, 50; 54, 1 und von Hippel, Strafrecht, S. 582.
104) Grau-Schäfer, Das preußische Gnadenrecht, S. 67.

zu vermeiden, was aber bisher nie geschehen ist. Die Einführung der Einheitsstrafe dehnt diese Folgen auch noch auf die Fälle der Realkonkurrenz aus. Weitere Schwierigkeiten treten auf, wenn der Richter wegen des ideell- oder realkonkurrierenden Delikts die Höchststrafe des strengsten Gesetzes überschritten hat. Wie soll verfahren werden, wenn die Amnestie das mit geringerer Höchststrafe betroffene Delikt ergreift? Soll der Täter hier automatisch die Höchststrafe des schwersten Delikts verbüßen? Ein solcher Schematismus wäre nicht tragbar. Um eine sinnvolle Regelung zu erreichen, bestehen nur zwei Möglichkeiten: Entweder muß in Zukunft jedes Amnestiegesetz durch Sonderbestimmungen für diesen Fall helfen oder es muß stets neue Straffestsetzung in einem Nachverfahren erfolgen. Dieser letztere Weg ist vorzuziehen, obwohl er eine erhebliche Belastung des Vollstreckungsgerichts zur Folge hat; denn auf diese Weise wird eine bessere individuelle Berücksichtigung des Einzelfalles gewärleistet. Wohl hauptsächlich aus diesem Grunde dürfte sich der Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes (Reichstagsvorlage) in § 9 Abs. 3 (s. o.) für die neue Straffestsetzung durch das Vollstreckungsgericht entschieden haben. Diese Bestimmung läßt aber wiederum eine genaue Bindung des Vollstreckungsgerichts an die Strafbemessung des Urteils vermissen. Die amtliche Begründung[105] besagt zwar, daß das Vollstreckungsgericht eine niedrigere Strafe festzusetzen habe, im Wortlaut des Gesetzes kommt dies aber nicht zu genügendem Ausdruck.

IV. Ergebnis

Ich fasse das Ergebnis der Untersuchungen zusammen:

Dem System der gleichen Strafbemessungsregel und der Einheitsstrafe ist grundsätzlich beizupflichten. Jedoch muß in der Strafprozeßordnung vorgeschrieben werden, daß der Urteilstenor nicht unentschieden lassen darf, wie oft sich der Täter gegen die staatliche Rechtsordnung aufgelehnt hat. Dabei ist Vorsorge zu treffen, daß das bisherige formallogische Kriterium des Reichsgerichts nicht als Maßstab dient. Eine Verkennung des zu wählenden Kriteriums darf keinen Revisionsgrund abgeben.

§ 68 Ent. 1927 bedarf einer Abänderung: In das Nachtragserkenntnis dürfen zunächst nur rechtskräftig erkannte Strafen einbezogen werden. Sodann ist eine genauere Bindung des zweiten Richters an die Strafbemessung des ersten Urteils vorzuschreiben. Ob in § 68 statt von einer „anderen Tat" von einer „anderen Rechtsverletzung" zu sprechen ist, hängt von der prozessualen Behandlung der Konkurrenzformen ab. Bei Annahme der Vorschläge des Einführungsgesetzes ist die Änderung notwendig.

Für die Neugestaltung der Strafprozeßordnung ergibt sich, daß

105) Amtliche Begründung, S. 44.

die Einführung einer gleichen Strafbemessungsregel eine Gleichbehandlung der beiden echten Konkurrenzformen auch im Verfahrensrecht nicht notwendig macht, daß lediglich mit Rücksicht auf das System der Einheitsstrafe gewisse Änderungen, insbesondere im Rechtsmittelverfahren, erforderlich werden.

Die prozessuale Gleichstellung ist jedoch logisch möglich, indem die einzelnen ideell konkurrierenden Rechtsverletzungen rechtliche Selbständigkeit in allen verfahrensrechtlichen Beziehungen erhalten. Der Entwurf eines Einführungsgesetzes hat diese Möglichkeit konsequent durchgeführt. Die Ergebnisse sind nicht zu beanstanden, zum Teil stellen sie sogar eine Verbesserung des geltenden Rechtszustandes dar. Die grundsätzliche Nichtausdehnung der Rechtskraft auf ideell konkurrierende Delikte ist durchaus tragbar. Unnötige und im Ergebnis zwecklose neue Anklagen können durch das Opportunitätsprinzip (§ 154 StPO) vermieden werden.

Nach dieser Regelung wäre auch die Einführung eines besonderen Wiederaufnahmegrundes zuungunsten des Angeklagten für den Fall, daß nachträglich ein neuer ideell konkurrierender Gesichtspunkt bekannt wird, nicht notwendig. Er kann jedoch mit Rücksicht auf die Fälle der Gesetzeskonkurrenz, in denen nach dem Entwurf die Rechtskraftwirkung den gleichen Umfang hat, wie im geltenden Recht, nicht entbehrt werden, damit die gerechte Bestrafung des Rechtsbrechers nicht an formalen Gesichtspunkten scheitert. Zu diesem Zweck könnte die Vorschrift des § 412a StPO (F.d.E.) auf rechtskräftige Urteile ausgedehnt werden. An sich bestünde die Möglichkeit, dasselbe durch besondere Bestimmungen über den Umfang der Rechtskraft zu erreichen. Das hätte aber zur Voraussetzung, daß der Begriff der Identität für die §§ 264 ff. StPO und für die Rechtskraftwirkung verschieden gestaltet werden müßte, eine Aufspaltung, die sich m. E. nicht empfiehlt.

Schließlich bedürfen die Vorschläge des Entwurfs zum Rechtsmittelverfahren einer Ergänzung: Wenn das Gesetz gestattet, ein Urteil „teilweise“ anzufechten, d. h. die Anfechtung auf einen ideell oder real konkurrierenden Gesichtspunkt zu beschränken, so muß auch Vorsorge dafür getroffen werden, daß bei der neuen Straffestsetzung dem Erfolg des Rechtsmittels Rechnung getragen wird. Das Gesetz muß deshalb insoweit eine sinngemäße Bindung des zweiten Richters an die Strafbemessung des ersten Urteils vorschreiben.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 11. April 1906 in Rennerod im Westerwald als Sohn des Katasterdirektors August Wilhelm Baldus und seiner Ehefrau Erna geb. Thewald. Ich besuchte die Volksschule meines Heimatortes und seit 1916 die humanistischen Gymnasien in Mainz und Hersfeld, wo ich Ostern 1925 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte zunächst drei Semester Mathematik und Naturwissenschaften an den Universitäten in Freiburg, München und Marburg und widmete mich sodann in Marburg dem Studium der Rechtswissenschaften. Am 21. Dezember 1929 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Während des Vorbereitungsdienstes war ich an den Gerichten in Biedenkopf, Marburg, Göttingen, Frankfurt/M., Celle und Kassel beschäftigt. Am 16. November 1933 bestand ich die juristische große Staatsprüfung und bin seit dem 27. November 1933 im Reichsjustizministerium beschäftigt. Am 16. Juli 1934 wurde ich zum Amts- und Landrichter ernannt. Am 2. Februar 1935 bestand ich vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg die Doktorprüfung.